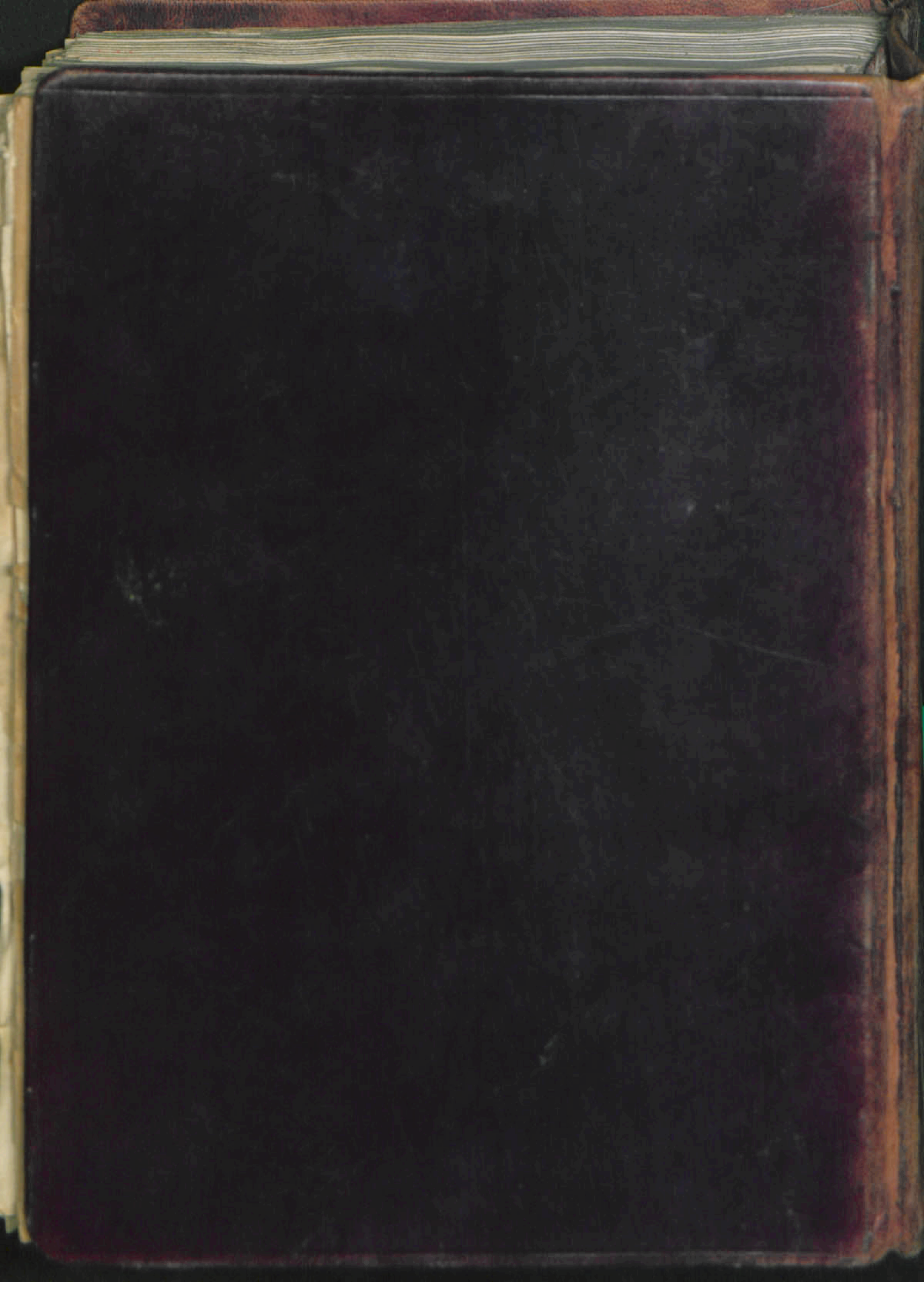



۵۵۷۹ ن
کتابخانه مجلس شورای ملی
کتاب مسالک جلد ثانی
مؤلف زین الدین علی بن احمد الشامی العاملی
موضوع
شماره قفسه
شماره ثبت کتاب
۶۲۷۶۵
بازدید شد
۱۳۸۲
۴۵۱۹

وهنا يرجع بالتالف الى ماله فيأخذ منه الموجود كيف كان وقيمة الذاهب ولو امتزج
صار شريكا بالنسبة ولو تعيبت رجع بأرش العيب ولو وجد العين مستاجرة
او مرهونة انتظر انقضاء المدة او الفك وفي تخيره بينه وبين القيمة معجلة وجه
ح لو اختلفا في قيمة التالف فالذي تقتضيه اصول المذهب قبول قول منكر الزايد
مع يمينه كما في نظائره حتى الغصب وفيه قول آخر بتقديم قول المالك وقد اغرب ههنا
هنا فحكم بالرجوع الى قيمة مثله موصوفا بصفاته وهو باصول العامة اليق نظرا
الى ان الوصف بقيد اهل الخبرة ظن القيمة فيكون مناسبا لرفع النزاع الظاهر
ان العقد يبطل بمجرد التحالف وان لم يفسخه فاسخ وبه قطع في ه محتجا بما اسلفناه
عنه من ان يمين كل منهما يسقط دعوى الآخر فيكون الملك باقيا على حاله ولم يحكم
بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه وهذا على القول ببطلانه من اصله واما على القول
ببطلانه من حينه فالظاهر انه كذلك لانتفاء دعوى كل منهما بيمين صاحبه فينفسخ
ح ولان امضاءه على وفق اليمين متعذر وعلى وفق احدهما تحكم وهو ظاهر
فتوى عد وحكي في ه عن الشافعي القايل بالتحالف وجهين في انفساخه براو
توقفه على الفسخ وتوقف في س في الوجهين وعلى الثاني يفسخه المتعاقدان او
احدهما او يرضى احدهما بدعوى الآخر او يفسخه الحاكم اذا يئس من توافقهما او
امتنعا من فسخه لئلا يطول النزاع ثم ان توافقا على الفسخ او فسخه الحاكم انفسخ ظاهرا
وباطنا وان بدر احدهما فان كان المحق فكذلك والا انفسخ ظاهرا قوله اذا
اختلفا في تاخير الثمن وتعجيله او في قدر الاجل او في اشتراط رهن او ضمين عنه فالقول
قول البايع مع يمينه لانه في هذه المواضع كلها منكر وذلك لانهما اتفقا على صدور
العقد وحصول الملك والثمن المعين وانما اختلفا في قدر زايد والبايع ينكره
فيقدم قوله في نفيه وربما قيل بالتحالف هنا بناء على القول في المسئلة السابقة

من البايع على الورثة

الثانية اذا

طرار

ى حار

لاشتراكهما في الوجه الذي اقتضاه وهو دعوى امتناع العمل بالمتفق عليه اذ ليس هناك
متفق عليه لان احدهما يسند الملك الى سبب مخصوص والآخر ينفيه ويسنده الى
سبب آخر ففي الحقيقة الملك بقول احدهما غير الملك بقول الآخر وكل منهما مدع
ومدعى عليه فيتحالفان وليس بواضح لان السبب الناقل للملك وهو العقد لا نزاع
بينهما فيه ولا تعدد وانما الخلاف فيما صاحبه من الامور المذكورة وهو امر خارج
عن السبب نعم هو مقيد بما يذكر فيه منها فما ثبت منها كان قيدا له ولا يلزم من ذلك
اختلافه فتنازعهما يرجع الى وجود تلك القيود وعدمه فيقدم المنكر وهذا بعينه آت
في المسئلة السابقة قوله اذا اختلفا في المبيع فقال البايع بعتك ثوبا فقال بل
ثوبين فالقول قول البايع ايضا ه هذا النزاع نظير النزاع في قدر الثمن ووجه
تقديم قول البايع فيه من حيث انه منكر لبيع الزايع اتفاقهما على امر مشترك وهو
بيع الثوب الواحد واحتمال التحالف آت هنا بتوجيهه السابق وجوابه ولا يخفى
ان ذلك كله حيث لا يكون المتنازع معينا كهذا الثوب فيقول المشتري بل هذان
لغير المذكور فانه ح يتعين القول بالتحالف وحيث لا يكون ذلك مستلزما للاختلاف
في الثمن كبعتك ثوبا بالف فقال المشتري بل ثوبين بالفين فانه يقوى التحالف
ايضا اذ لا مشترك هنا يمكن الاخذ به قوله فلو قال بعتك هذا الثوب فقال
بل هذا فههنا دعويان فيتحالفان ويبطل دعواهما ه الحكم هنا واضح بعد
الاحاطة بما سلف فاذا حلف على نفي ما يدعيه المشتري بقي على ملكه فان كان
الثوب المذكور في يده والا انتزعه من يد المشتري واذا حلف المشتري على نفي
ما يدعيه البايع وكان الثوب في يده لم يكن للبايع مطالبته لانه لا يدعيه وان
كان في يد البايع لم يكن له التصرف فيه لانه معترف بانه للمشتري وله ثمنه في
ذمته فان كان البايع قد قبض الثمن رده على المشتري ويأخذ الثوب قصاصا وان

فيه

الثالثة اذا

وكان الاول احدهما
يقول قول البايع كالاول

البايع

وان لم يكن قبضه اخذ الثوب قصاصا ايضا بذلك الثمن ولو زاد فهو مال لا يدعيه احد
كذا فصل في ه وعلى ما تقدم من التفصيل في الفسخ ظاهرا او باطنا على بعض الوجوه
ينتفي ذلك واعلم ان ضابطة التحالف المقطوع به ادعاء كل منهما على صاحبه ما ينفيه
الآخر بحيث لا يتفقان على امر كما هنا ومثله ما لو اختلفا في الثمن المعين او فيهما معا
ومثله ما لو ادعى احدهما البيع والآخر الصلح ولو اتفقا على امر واختلفا في وصف
زائد او قدر بحيث كانت الدعوى من طرف واحد حلف المنكر ويتعدى ذلك الى
غير البيع من العقود اللازمة كالصلح والاجارة قوله ولو اختلف ورثة البايع
وورثة المشتري كان القول قول ورثة البايع في المبيع وورثة المشتري في الثمن
اي لو اختلفا في قدر الثمن او المثمن فالقول قول ورثة البايع في قدر المبيع كما ان
القول فيه قول مورثهم وقول ورثة المشتري في الثمن وان لم نقل به في مورثهم
لانهم منكرون واقتصارا فيما خالف الاصل على مورده وذهب جماعة من الاصحاب
الى ان حكمهم حكم المورث في جميع الاحكام وهو حسن ولو قلنا بالتحالف بين
المورثين ثبت بين الورثة قطعا ولو اختلفت الورثة في عين المبيع او عين الثمن
حيث ثبت التحالف فالحكم فيهم كذلك فاطلاق المصنف تقديم قول ورثة البايع في
المبيع وورثة المشتري في الثمن منزل على ما ذكرناه قوله اذا قال بعتك بعبد فقال
بل بحر او خل فقال بل خمر او قال فسخت قبل التفرق وانكر الآخر فالقول قول من يدعي
صحة العقد مع يمينه ه فالقول قول من يدعي صحة العقد على علة الحكم وهو اصالة
الصحة في العقود فان الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة فيكون
قول مدعي الصحة موافقا للاصل وهذا يتم في المسئلة الاولى واما الثانية فمدعي
الفسخ لا ينكر صحة العقد بل يعترف بها ويدعي امرا آخر لكن لما كان الاصل عدم طرو
المبطل الموجب لاستمرار الصحة اطلق عليه الصحة مجازا او اراد به بقاها وربما استشكل

الرابعة اذا

الحكم في الأول مع التعيين كبعتك بهذا العبد فيقول بل بهذا الحر فان منكر نقل العبد
ان كان هو المشتري فهو ينفي ثبوت الثمن في ذمته وان كان هو البائع فهو ينفي
انتقال عبده عنه فالاصل معهما في الموضعين ولانه يرجع الى انكار البيع فيقدم قول
منكره نعم لو لم يعينا في الصورتين توجه ماذكر **قوله** وضابطه ما لم يكن مؤديا الى
جهالة المبيع او الثمن ولا مخالفا للكتاب والسنة ه ضمير ضابطه يعود الى الشرط المدلول
عليه بالشروط تضمنا والمراد منه ما هو اخص من ذلك وهو الشرط السائغ وح فالعبارة
لا تخلو من تكلف فان الشروط المعقود لها الباب اعم من الصحيحة والباطلة والضابط
مختص بالصحيح والمراد ان ضابط ما يصح اشتراطه ما لم يكن مؤديا الى جهالة المبيع او الثمن
وذلك كاشتراط تاجيل احدهما مدة مجهولة فان للاجل قسطا من الثمن وهو مجهول
فيجهل العوضان وقوله ولا مخالفا للكتاب والسنة كان مغنيا عن ذكر المؤدي الى
جهالة العوضين لاستلزامه الغرر المنهي عنه في السنة المطهرة ومثال ما خالف
الكتاب والسنة مع ما ذكر اشتراط ان لا يبيعه او لا يعتقه او لا يطأ او لا يهب
وضابط ما ينافي مقتضى العقد بان يقتضي عدم ترتب الاثر الذي جعل الشارع
العقد من حيث هو هو بحيث يقتضيه ورتبه عليه كذا حققه جماعة وشكل
باشتراط عدم الانتفاع زمانا معينا فان مقتضى العقد اطلاق [illegible] في كل وقت وباشتراط
اسقاط خيار المجلس والحيوان وما شاكل ذلك مما اجمع على صحة اشتراطه وعبارة
المص لا تنافي ذلك لان كل ما صح اشتراطه فليس منافيا للكتاب والسنة **قوله**
ويجوز ان يشترط ما هو سائغ داخل تحت قدرته كقصارة الثوب وخياطته ه اي
يشترط ذلك على البائع فانه اطلاق العقد وان لم يقتضه الا انه شرط سائغ مقدور
غير مناف لمقتضى العقد فيدخل تحت عموم الامر بالوفا بالشرط ومثله ما لو شرط
البائع على المشتري قصارة ثوب معين او خياطته والمراد من شرط المذكور تحصيل

النظر الخامس في الشروط وضابطها

تحصيل المنفعة بنفسه او بغيره ليصح اطلاق كونه مقدورا فلو شرط فعله بنفسه اعتبر
في صحته قدرته عليه بان يكون عالما بالصنعة قادرا عليها فان عين زمانا لا يمكن
فيه تحصيل الشرط فهو باطل غير مقدور **قوله** ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره
كبيع الزرع على ان يجعله سنبلا فان ذلك غير مقدور للبائع بل لله تعالى ولا فرق في
البطلان بين ان يشترط عليه ان يجعله هو والله تعالى لاشتراكهما في عدم المقدورية
وفي بعض حواشي الشهيد رحمه الله ان المراد به اشتراط ان يجعل الله الزرع سنبلا
لا اشتراط ان يجعله البائع سنبلا فان ذلك وان كان باطلا ايضا الا انه
غير مراد هنا لانهم انما يفرضون ما يجوز ان يتوهمه عاقل لا ما يمنعه وهذا حسن اذا
اراده وان اشترك الامران في البطلان **قوله** ولا باس باشتراط تبقيته ه لان
ذلك مقدور له وهل يشترط تعيين المدة ام يحال على المتعارف من البلوغ لانه مضبوط
عرفا الظاهر الاكتفاء بالثاني واطلاقهم يدل عليه **قوله** ويجوز ابتياع المملوك بشرط
ان يعتقه ه اطلاق الحكم يشمل ما لو شرط عتقه عن المشتري او اطلقه او شرطه عن البائع
او عن كفارة او تبرعا او بعوض والحكم في الاولين اجماعي واما الثالث فقال في س
انه يجوز ايضا فيندبا لانه شرط لا ينافي الكتاب والسنة وفي عد يجوز اشتراطه مطلقا
او عن المشتري ومفهومه عدم الجواز عن البائع وبه قطع في س ويؤيده قوله عليه السلم
لا عتق الا في ملك والبائع ليس مالكا واما عتقه عن الكفارة فان كانت عن المشتري
وشرط البائع عتقه عنها صح وفائدة الشرط التخصيص لهذا العبد بالاعتاق وان
لم يشرط بنى على ان العتق هل هو حق لله تعالى او للبائع او للعبد او للجميع فانه من
حيث ان فيه معنى القربة والعبادة يرجح الاول ومن حيث الاشتراط من البائع
وتعلق غرضه به وان الشرط من جملة العوضين يدل على الثاني ومن استلزامه زوال
الحجر عن العبد وتحريره يكون حقا له والتحقيق انه لا منافاة بين هذه الحقوق فيجوز

اجتماعها فيه ويتفرع على ذلك المطالبة بالعتق فمن كان الحق له فله المطالبة به واما عتقه
عن الكفارة فان قلنا الحق فيه لله لم يجز كالمنذور وان قلنا انه للبائع فكذلك ان لم يسقط
حقه وان اسقطه جاز لسقوطه وجوب العتق ح وكذا ان قلنا انه للعبد وعلى
ما اخترناه لا يصح مطلقا وشرط العتق مستثنى من الشروط القابلة لاسقاط
مستحقها واولى بالمنع لو كانت على البائع او غيره واما عتقه تبرعا فلا شبهة
في جوازه بشرط ان يكون بسبب مباح فلو نكل به فانعتق لم يات بالشرط ويكون بمنزلة
التالف وظاهر الشرط يقتضي ايقاعه مباشرة اختيارا انجازا ولو شرط عليه عوضا
من خدمة وغيرها لم يات بالشرط ايضا وحيث يفوت الشرط تخير البائع بين فسخ
البيع والامضا كباقي الشروط لكن لو فسخ هنا رجع الى القيمة كالتالف ايضا لبناء
العتق على التغليب مع احتمال فساده لو وقع على خلاف ما وجب ويحتمل ضعيفا
سقوط الشرط ونفوذ العتق وهل يشترط وقوعه من المشتري مباشرة ام يكفي
وقوعه مطلقا وجهان وتظهر الفائدة فيما لو باعه بشرط العتق فعلى الاول يحتمل
بطلان البيع لان شرط العتق مستحق عليه فلا يجوز نقله الى غيره وصحته مع تخير البائع
ثم ان اعتق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ وقدر كالتالف والا اخذه وعلى الثاني
يصح كما لو اعتقه بوكيله والذي يدل عليه الاطلاق والحكم في باقي الشروط انه لا يقتضي
مباشرتها بنفسه الامع التعيين وهذا الشرط لا يزيد على غيره **قوله** او يدبره ه فان
شرط تدبيرا مطلقا او معينا تعين وان اطلق تخير بين المطلق والمقيد فان اختار
الثاني كتعليقه بوفاته في هذه السنة ولم يتفق الشرط وجب عليه التدبير ثانيا
لان الغرض ترتب العتق ولم يحصل مع احتمال العدم لقيامه بالشرط المطلق
وهل يجوز للمشتري الرجوع في هذا التدبير يحتمله نظرا الى اصله وعدمه التفاتا الى
وجوب الوفا بالشرط وعدم حصول غرض البائع فالرجوع به ابطاله وهو ينافي

ينافي صحة الشرط ولو اخل المشتري بالتدبير تخير البائع بين فسخ البيع والامضا فيرجع
بالتفاوت كما سياتي في شرط العتق **قوله** او يكاتبه ه فيتخير المشتري مع الاطلاق
بين الكتابة المطلقة والمشروطة ومع التعيين يتعين ما شرطه وكذا القول في الاجل والعدد
ولو تشاح المشتري والعبد فيه رجع الى القيمة السوقية فلا يجب على المشتري النقصان عنها
ولو طلب الزيادة اجبر على القيمة ان امكن والا تخير البائع بين الفسخ والامضاء وفي جواز
رجوعه في المشروطة عند عجزه وجهان نظرا الى الاصل والوفاء بالشرط مع احتمال براءة
المشتري من الشرط لوفائه به والفسخ طار سائغ شرعا **قوله** ولو شرط الا يخسره او ان
لا يعتقها او لا يطاها قيل يصح البيع ويبطل الشرط ه اي لو شرط الا يخسره على المشتري
لو باع المبيع فخسر بل يكون على البائع فان هذا الشرط باطل لمنافاته لمقتضى العقد وثبوت
الملك وكذا القول في شرط البائع عدم عتق المشتري ووطئه وهل يبطل البيع ايضا
ام يختص البطلان بالشرط قولان اجودهما الاول لان التراضي لم يقع الا على المجموع من
حيث هو مجموع فاذا ابطل بعضه وامتنع نفوذه شرعا انتفى متعلق التراضي فيكون الباقي
تجارة لا عن تراض ووجه صحة البيع ان التراضي قد تعلق بكلهما فاذا امتنع احدهما
بقي الاخر وهو مذهب الشيخ رحمه الله والقولان آتيان في كل بيع تضمن شرطا فاسدا
ومثله ما شابهه من العقود اللازمة **قوله** ولو شرط في البيع ان يضمن انسان بعض
الثمن او كله صح البيع والشرط ه لان ذلك وان لم يقتضه العقد لكنه شرط يعود على
المتعاقدين فيه مصلحة كالاجل فيصح اشتراطه للعموم ومثله اشتراط ضمين للبائع على
بعض المبيع او كله لو كان سلما ويشترط تعيين الضامن بالمشاهدة او الوصف
كرجل موسر ثقة ونحو ذلك او تميزه بنسبه فلو اطلق بطل على الاقوى ويحتمل الجواز
ويحمل على ما دل عليه الوصف ومثله ما لو شرط رهنا على احدهما ولو هلك المعين منهما
او مات فان كان بعد الرهن والضمان لم يؤثر ولو كان قبله ثبت الفسخ لمن شرطه لفوات

الشرط قوله اذا اشترط العتق فى بيع المملوك فان اعتقه فقد لزم البيع وان امتنع كان للبائع خيار الفسخ ه ظاهره ثبوت الخيار بمجرد امتناع المشروط عليه وان قدر المشروط له على اجباره على الوفا وهو احد القولين فى المسئلة ووجهه اصالة عدم وجوب الوفا للمشروط له وسيلة الى التخلص بالفسخ ففائدة الشرط ح جعل البيع اللازم عرضة للزوال عند فقد الشرط ولزومه عند الاتيان به والقول الآخر وجوب الوفا بالشرط وعدم تسلط المشروط له الا مع تعذر تحصيله لعموم الامر بالوفا بالعقد والمسلمون عند شروطهم الا من عصى الله وهذا هو الاجود فعلى هذا لو امتنع من الوفا ولم يمكن اجباره رفع امره الى الحاكم ليجبره ان كان مذهبه ذلك فان تعذر فسخ ان شاء ولشيخنا الشهيد رحمه الله فى بعض تحقيقاته تفصيل ثالث وهو ان الشرط الواقع فى العقد اللازم ان كان العقد كافيا فى تحققه ولا يحتاج بعده الى صيغة فهو لازم لا يجوز الاخلال به كشرط الوكالة فى عقد الرهن ونحوه وان لم يكن كافيا فى تحققه بل يحتاج الى امر آخر وراء ذكره فى العقد فليس بلازم بل يقلب العقد اللازم المشروط فيه جائزا كشرط رهن شى على الثمن فانه لا يصير رهنا بمجرد الشرط بل لو جعله رهنا لم يصح لعدم لزوم الثمن لذمة المشترى ح الذى هو شرط صحة الرهن بل لا بد له من صيغة اخرى بعد البيع وجعل السر فيه ان اشتراط العقد كاف فى تحققه كجزء من الايجاب والقبول فهو تابع لهما فى اللزوم والجواز واشتراط ما سيوجد امر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن ممكن وبذلك يندفع التعجب من اشتراط الجائز فى اللازم بجعل الجائز لازما واشتراط اللازم فى اللازم يجعل اللازم جائزا وهذا التفصيل حسن وهو اجود من القول بجوازه مطلقا لكن القول باللزوم مطلقا اجود لما اسلفناه واعلم ان الخيار المذكور حيث ثبت فهل هو على الفور او التراخى وجهان تقدم مثلهما ووجههما واصالة عدم الفورية بعد ثبوت اصل الخيار يرجح الثانى قوله وان باع العبد

الصفقة والتعدد طار مع احتماله قوله واذا وطى الامة ثم علم بعيبها لم يكن له ردها فان كان العيب حبلا جاز ردها ويرد معها نصف عشر قيمتها لمكان الوطى ولا يرد مع الوطى بغير عيب الحبل ه تحرير هذه المسئلة يتوقف على مقدمات ا ان تصرف المشترى فى المبيع المعيب يمنع من رده وان جاز له اخذ الارش ب ان الحمل فى الامة عيب سواء شرط خلوها من الحمل ام لا لان ولادتها يشتمل على الخطر وهو نقص محض ان قلنا ان الحمل لا يدخل فى بيع الامة كما هو المشهور والا كان نقصا من وجه وزيادة من وجه وهو كاف فى ثبوت الخيار ايضا ج ان الوطى تصرف بل من اقوى انواع التصرف فالاصل فيه ان يكون مانعا من الرد د ان وطى المالك حال الوطى لا يستعقب عليه ضمانا للبضع لانه تصرف فى ماله وان فسخ فى المبيع بعد ذلك بوجه من الوجوه المجوزة له ه ان المولى لو وطى امته جاز له بيعها مع عدم تيقن الحمل ثم ان ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع لكونها ام ولد وهذه المقدمات كلها اجماعية و ان وطى امة الغير جهلا بتحريمه يوجب على الواطى عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف العشر ان كانت ثيبا لدلالة النصوص على هذا التقدير ز ان الفسخ بالعيب يبطل العقد من حينه لا من اصله لتحقق الملك بالعقد وجواز الاستمرار عليه فلا معنى لرفع ما قد ثبت اذا تقررت هذه المقدمات فنقول اذا اشترى امة وتصرف فيها ثم علم بعيب سابق لم يجز له ردها بل يتعين الارش لكن وردت النصوص هنا باستثناء مسئلة وهى ما اذا كان العيب حبلا وكان التصرف بالوطى فانه ح يردها ويرد معها نصف العشر لمكان الوطى وهذا الحكم كما ترى مخالف لهذه المقدمات من حيث جواز الرد مع التصرف وفى وجوب شى على المشترى مع انه وطى امته وفى اطلاق وجوب نصف العشر مع ان ذلك عقر الثيب والمسئلة مفروضة فيما هو اعم منها ولاجل هذه المخالفات التجا بعض الاصحاب الى حملها على كون الحمل من المولى البائع فانها يكون ح ام ولد ويكون البيع باطلا والوطى فى ملك الغير

جهلا فيلزم فيه العقر واطلاق نصف العشر مبنى على الاغلب من كون الحمل مستلزما للثيوبة فلو فرض على بعد كونها حاملا بكرا كان اللازم العشر وفى هذا الحمل دفع لهذه الاشكالات الا انه مدافع لاطلاق النصوص بالحمل وبنصف العشر من غير تقييد بكونه من المولى وكونها ثيبا وفيه ايضا انه لا وجه لتقييد التصرف بكونه بالوطى بل اللازم ح الرد على كل حال لبطلان البيع وليس تقييد الحمل المطلق فى النصوص الصحيحة وفتوى اكثر الاصحاب وكون المردود نصف العشر خاصة اولى من استثناء هذا النوع من التصرف من بين ساير التصرفات وكون المنفعة مضمونة على المشترى اما بناء على ان الفسخ يبطل العقد من اصله نظرا الى ان العيب يقتضى تزلزل العقد فاختيار الرد يكشف لنا عن عدم الملك وان العقد موقوف على اختيار الرضا بالعيب او ان ضمان المنفعة قد وجد فى المصراة المردودة على ما سياتى ويكفى فى التخصيص بكون المردود نصف العشر موافقته الغالب الاكثر من ان الحامل لا تكون بكرا وبالجملة فالعدول عن ظواهر هذه النصوص الكثيرة مع عمل اكثر الاصحاب بها لمناسبة الاصول غير واضح وعلى هذا فيكون الرد على وجه الجواز لا اللزوم ان لم يكن الحمل من المولى ويختص بالوطى وهل يلحق به مقدماته من اللمس والقبلة والنظر بشهوة وجهان من الاولوية واستلزامه لها غالبا ومن الاقتصار فيما خالف الاصل على مورد النص وتوقف فى س وله وجه ان كان وقوع تلك الاشيا على وجه الجمع بينها وبين الوطى ولو اختص التصرف بها فالالحاق به من باب مفهوم الموافقة اوجه وان كان استثناؤها مطلقا متوجها للملازمة وهل يختص الحكم بالوطى المتعارف فى القبل ام يعم الدبر وجهان اجودهما الالحاق لانه وطى فى الجملة فيتناوله النص وهل الواجب معه العشر او نصفه وجهان من صدق وطى البكر الموجب للعشر ومن ان الظاهر المتبادر الى الفهم تعليله بازالة البكارة وهو الفارق بينها وبين الثيب والاجود الثانى عملا باطلاق الامر بالنصف فى النص معلقا على الوطى فيتناول صورة

القول فى اقسام العيوب

صورة النزاع ولو كان العيب غير الحبل فلا رد مع الوطى اقتصارا على موضع اليقين كما انه لو تصرف بغيره فلا رد وان كان العيب الحبل قوله والضابط ان كل ما كان فى اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب ه المراد باصل الخلقة الموجود فى خلقة اكثر النوع الذى يعتبر فيه ذلك بالنظر الى الذات والصفات ولا يعتبر مع ذلك كون الزائد او الناقص موجبا لنقصان المالية لاطلاق النص والاتفاق على ان الخصى عيب مع ايجابه زيادة المالية وكذا عدم الشعر على الركب وهو واقعة ابن ابى ليلى مع محمد بن مسلم وزاد ه قيد كونه موجبا له مع موافقته على ما ذكرناه مما لا يوجبه فعدم القيد اجود قوله او عار رضا ولو حمى يوم انها التى تاتى فى يوم من الايام وتذهب فيه ثم لا تعود فلو عادت كل يوم لم تسم حمى يوم بل حمى الورد او يوما بعد يوم فحمى الغب الى آخر الاسبوع وح فثبوت العيب بحمى اليوم يتحقق بان يشتريه فيجده محموما او يحم قبل القبض فانه يجوز له الفسخ وان ذهب عنه الحمى فى ذلك اليوم وليس المراد بها ما ينوب يوما معينا من الاسبوع كما فسره بعضهم فان تلك لا تسمى حمى يوم ولا ما ياتى كل يوم كما مر قوله والتاشير فى الاسنان والزجج فى الحواجب ه فى الصحاح تاشير الاسنان تحزيزها وتحديد اطرافها والزجج دقة فى الحاجبين وطول وزججت المراة حاجبها دققته وطولته واطلاق اشتراط ذلك يقتضى كونه خلقيا لا متكلفا نعم لو شرط ما يشمل التكلفى صح وثبت له الخيار لو وجده على الخلاف قوله التصرية تدليس ه التصرية مصدر قولك صريت اذا جمعت من الصرى وهو الجمع تقول صرى الماء فى الحوض ونحوه اى جمعه وصريت الشاة تصرية اذا لم يحلبها اياما حتى يجتمع اللبن فى ضرعها والشاة مصراة وتسمى المصراة محفلة ايضا وهو من الحفل وهو الجمع ومنه قيل للجمع محفل والمراد هنا ان يربط اخلاف الشاة ونحوه ولا يحلب يومين او اكثر فيجتمع اللبن بضرعها ويظن الجاهل بحالها كثرة ما يحلبه كل يوم فيرغب فى شراها بزيادة والاصل فى تحريمه مع الاجماع النص عن النبى صلى الله عليه وآله وهو من طرق العامة وليس

فى اخبارنا تصريح به لكنه فى الجملة موضع وفاق والتدليس تفعيل من الدلس محركا وهو الظلمة
كان المدلس بخادعته آتٍ فى الظلمة والمراد به اخفاء عيب السلعة قوله ويرد معها
مثل لبنها او قيمته مع التعذر وقيل يرد ثلثة امداد من طعام ه مع التعذر قيد فى المردود
بقسميه ومما المثل والقيمة اى يرد مثل اللبن مع تعذره لانه مثلى فان تعذر فقيمته
وقت الدفع ومكانه فانه وقت الانتقال الى القيمة فى المثلى والمراد باللبن الموجود حال
البيع لانه جزء من المبيع فاذا فسخ البيع رده كما يرد المصراة اما المتجدد بعد العقد ففى
وجوب رده وجهان من اطلاق الرد فى الاخبار ومن انه نماء المبيع الذى هو ملكه
والعقد انما ينفسخ من حينه وهو الاقوى فعلى هذا لو امتزج الموجود حالته بالمتجدد
صار شريكا ورجعا الى الصلح والمراد بتعذر اللبن عدمه اصلا اما لو تغير فى ذاته او صفته
بان عمله جبنا او حمض ونحو ذلك ففى الانتقال الى بدله او رده مع الارش ان اوجب
نقصا وجهان اجودهما الثانى ولو عمل فيه عملا قبل العلم بالعيب صار شريكا بنسبته
والقول برد المثل او القيمة مع التعذر هو مقتضى ضمان الاموال حيث لا دليل
على ما يخالفه والقول برد ثلثة امداد من طعام للشيخ رحمه الله استنادا الى رواية وله قول آخر
برد صاع من تمر او صاع من بر لان ذلك هو المنصوص عن النبى صلى الله عليه وآله فى حكم المصراة
الا انه ليس من طرقنا فالرجوع الى الاصول المتفق عليها اولى قوله وتختبر بثلثة ايام
يريد انها اذا لم يعلم كونها مصراة تختبر بثلثة ايام فان اتفقت فيها الحلبات اتفاقا
تقريبيا لا يخرج عن العادة بحسب حالها فى نفسها ومكانها فليست مصراة وان اختلفت
الحلبات فى الثلثة بان كانت ما عدا الاولى اقل فهى مصراة وكذا لو كان بعضها ناقصا
والآخر زائدا عن الاولى او مساويا هذا كله اذا لم يثبت كونها مصراة بغير الاختبار فلو
ثبت باقرار البائع او البينة جاز الفسخ قبل الثلثة لكن بشرط النقصان فلو تساوت
او زادت هبة من الله تعالى فالاشهر زوال الخيار لزوال الموجب لا مع احتمال بقائه ومثله

لو ح

ومثله ما لم يعلم بالعيب حتى زال العيب كما لو لم تعلم الامة بالعتق حتى مات الزوج او طلق وحيث
تثبت التصرية بالاختبار فالخيار بعد الثلثة بلا فصل على الفور وبالاقرار او البينة يمتد
بامتداد الثلثة بشرط عدم التصرف بغير الاختبار وفى كلام الاصحاب فى هذا المقام
اختلاف كثير والمحصل ما ذكرناه قوله وتثبت التصرية فى الشاة قطعا وفى الناقة
والبقرة على تردد ه وجه التردد من عدم النص عندنا ظاهرا على هذا الحكم لكن الشاة
محل وفاق فيحتمل الحاق الناقة والبقرة بها لمساواتهما لها فى العلة الموجبة للخيار وهى
كون اللبن مقصودا مع التدليس وادعى الشيخ الاجماع على الحاقهما بها فان ثبت
فهو الحجة والا ففى اثبات الحكم المخالف للاصل بغير نص ولا اجماع اشكال وطرد ابن الجنيد ره
الحكم فى ساير الحيوانات حتى الآدمى وفى بعض الاخبار من طرق العامة ما يدل عليه
وهو مناسب لمقابلة المدلس وفى س انه ليس بذلك البعيد قوله ولو صرى امة
لم يثبت الخيار مع اطلاق العقد ه لعدم النص وكون التصرف ما نعا منه نعم مع الشرط
يثبت الخيار ان لم يتصرف ولو بالحلب والا فالارش ويفهم من العبارة ثبوته وان
تصرف كما فى المصراة قوله وكذا لو صرى البائع اتانا ه بفتح الهمزة الحمارة ولا يقال فيها
اتانة والحكم فيها كالامة من حيث عدم النص وكون زيادة اللبن غير مقصود غالبا
الا مع الشرط فيلزم حكمه قوله ولو زالت التصرية وصار ذلك عادة قبل انقضاء ثلثة
الايام سقط الخيار فلو زالت بعد ذلك لم يسقط ه هذا يتوجه اذا كان ثبوت التصرية
بغير الاختبار اما به فقد تقدم انها لا يعلم الا بمضى الثلثة واما زوال التصرية بعد الثلثة
فيمكن فيه فرضها بالاختبار ايضا بان ينقص اللبن فى الثلثة ثم يزيد بعدها على الحد
الذى كان اولا فانه لا يسقط الخيار السابق لسبق استقراره وقد تقدم
ان الخيار يكون بعد الثلثة بلا فصل على الفور فيجب ان يحمل بقاؤه فى هذه الصورة
على وجه لا ينافى الفورية بان يصح الفسخ الفورى بعدها وان تحقق الزوال بعد ذلك

المتجددة
بمعنى ان الزيادة المتجددة لا تكون كاشفة عن بطلان الاختبار ولا مبطلة له ويمكن
مصاحبتها لزمانها فى جاهل الفورية والخيار قوله الثيوبة ليست عيبا ه هكذا
اطلق الاصحاب والاكثر من غيرهم نظرا الى ان اكثر الاماء لا يوجدن الا ثيبات
فكانت الثيوبة بمنزلة الخلقة الاصلية وان كانت عارضة ويشكل ذلك
فى الصغيرة التى ليست محل الوطى فان اصل الخلقة والغالب فى مثلها البكارة
فينبغى ان تكون الثيوبة عيبا ونقل مثل ذلك فى ه عن بعض الشافعية ونفى عنه
البأس وهو كذلك بل يمكن القول بكونها عيبا مطلقا نظرا الى الاصل وهو
ظ ابن البراج قوله نعم لو اشترط البكارة فكانت ثيبا كان له الرد ان ثبت انها
كانت ثيبا وان جهل ذلك لم يكن له الرد لان ذلك قد تذهب بالخطوة ه لا ريب
ان البكارة وصف مقصود للعقلاء فيصح اشتراطه ويثبت بفقده التخيير بين الرد
والامساك لفوات الشرط ان ثبت انها كانت ثيبا حال البيع بالبينة او اقرار
البائع او قرب زمان الاختبار لزمان البيع بحيث لا يمكن تجدد الثيوبة فيه وهل يثبت
له الارش مع اختيار الامساك الاقوى ذلك لان فواته مما يؤثر فى نقصان القيمة
تأثيرا بينا ويحتمل العدم لان الارش جزء من الثمن وهو لا يوزع على الشروط وذهب
بعض الاصحاب الى عدم التخيير بفوات البكارة مطلقا والمشهور الاول فلو انعكس
الفرض بان شرط الثيوبة فظهرت بكرا فالاقوى تخييره ايضا بين الرد والامساك
لكن بغير ارش لجواز تعلق غرضه بذلك كعجزه عن البكر وقيل لا رد هنا لزيادة قيمة
البكر قوله الاباق الحادث عند المشترى لا يرد به العبد اما لو ابق عند البائع
كان للمشترى رده ه ظاهر العبارة الاكتفاء فى عيب الاباق بوقوعه مرة عند
البائع وبه صرح فى ه وشرط بعض الاصحاب اعتياده ذلك وهو اولى واقل
ما يتحقق بمرتين ولا يشترط فى جواز الرد به اباقه عند المشترى بل متى تحقق ذلك عند

الثانية الثيوبة

فى م

الثالثة الاباق

الرابعة اذا اشترى

عند البائع جاز الرد ولو تجدد الاباق عند المشترى فى الثلثة من غير تصرف فهو
كما لو وقع عند البائع قوله اذا اشترى امة لا تحيض فى ستة اشهر ومثلها تحيض
كان ذلك عيبا لانه لا يكون الا لعارض غير طبيعى ه الحكم بكون ذلك عيبا مذهب
الاكثر وهو موافق للاصل من كون ذلك وصفا مطلوبا يترتب عليه قبول الحمل وصحة
المزاج واستدلوا عليه بصحيحة داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام قال
سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده
حتى مضى لها ستة اشهر وليس بها حمل قال ان كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من
كبر فهذا عيب يرد به وفى دلالته على اعتبار الستة اشهر نظر فانه عليه السلام انما علق
الحكم على حيض مثلها واراد به نفى الصغر واليأس وان كان ذلك مستفادا من اشتراط
الادراك ونفى كونه عن كبر فان من المعلوم ان مثلها تحيض فى تلك المدة واقل
منها والسؤال وقع عن تأخر الحيض ستة اشهر والجواب لم يتقيد به ومن ثم قيل يثبت
الخيار متى تأخر حيضها عن عادة امثالها فى تلك البلاد كان حسنا ويظهر من ابن ادريس
نفى الحكم راسا والحق خلافه قوله من اشترى زيتا او بزرا فوجد فيها ثفلا فان كان
مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا ارش وكذا ان كان كثيرا وعلم به ه البزر
بفتح الباء وكسرها زيت الكتان واصله محذوف المضاف اى دهن البزر
والثفل بالضم والثافل ما استقر تحت الشئ من كدرة والحكم باستثناء ما جرت
به العادة لا شبهة فيه لان مثل ذلك ليس عيبا لاقتضاء طبيعة الدهن كون
ذلك فيه غالبا وربما اشكل الحكم فيما لو كان كثيرا وعلم به باعتبار الجهل بقدر المقصود
بالذات الموجب للغرر والمشاهدة فى مثل ذلك غير كافية وربما اندفع بان معرفة
مقدار الجميع كافية كما فى معرفة مقدار السمن بظروفه جملة من دون العلم بالتفصيل
قوله تحمير الوجه ووصل الشعر وما شابهه تدليس يثبت به الخيار دون الارش

الخامسة اذا اشترى
الثفل بالضم والثافل
ما استقر تحت الشئ
من كدرة ق

السادسة تحمير

وقيل لا يثبت به خيار والاول اشبه ه القول بعدم الخيار في ذلك وشبهه للشيخ في ف محتجا عليه بوجوب الوفا بالعقد فيحتاج الخيار الى دليل ولم يثبت كون هذه الاشيا عيوبا والاكثر على ثبوت الخيار بذلك لانه تدليس ولان الاغراض تختلف في ذلك فربما رغب المشتري فيما شاهده اولا ولم يسلم له وهو الاجود نعم لو شرط احد هذه فظهر بالخلاف تخير بين الرد والامساك اجماعا وكيف كان فلا ارش له لانه ليس عيبا قوله اذا قال البايع بعت بالبراءة وانكر المبتاع فالقول قوله مع يمينه ه لاصالة عدم التبري ومثله ما لو ادعى عليه العلم بالعيب وزاد في ه دعواه عليه التقصير في الرد وهو تتم في خيار فوري لا في خيار العيب قوله اذا قال المشتري هذا العيب كان عند البايع فلي رده وانكر البايع فالقول قوله مع يمينه اذا لم يكن للمشتري بينة ولا شاهد حال يشهد له ه اي قول البايع لاصالة عدم التقدم والمراد بشاهد الحال نحو زيادة الاصبع واندمال الجرح مع قصر زمان البيع بحيث لا يحتمل تأخره عادة ويعتبر كونه مفيدا للقطع فيقدم قول المشتري بغير يمين ولو شهد الحال للبايع كذلك كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع فلا يمين عليه ايضا وحيث يفتقر البايع الى اليمين يحلف على القطع بعدم العيب لا على عدم العلم ان كان اختبر المبيع قبل البيع واطلع على خفايا امره كما يشهد بالقطع على الاعسار والعدالة وغيرهما مما يكتفى بالاختبار الظ ولو لم يكن اختبره ففي جواز حلفه على القطع عملا باصالة العدم واعتمادا على ظاهر السلامة نظر واستقرب في ه هنا الاكتفا بالحلف على نفي العلم وهو حسن لاعتضاده باصالة عدم التقدم فيحتاج المشتري الى اثباته قوله يقوم المبيع صحيحا ومعيبا وينظر في نسبة النقيصة فيؤخذ من الثمن بنسبتها ه اشار بذلك الى كيفية معرفة قدر الارش حيث يثبت وهو تارة يكون للمشتري بان يجده معيبا وتارة يكون للبايع بان يفسخ بخياره بعد تعيبه في يد المشتري عيبا مضمونا وقوله ويؤخذ من الثمن بنسبتها يتم في الاول دون الثاني لان البايع لا يأخذ من الثمن بل يأخذ تفاوت ما بين القيمتين وفي قوله

وفي قوله وينظر في نسبة النقيصة وقوله بنسبتها حذف تقديره الى قيمته صحيحا والى قيمة الصحيح فان النسبة ممكنة الى القيمتين معا والمعتبر هو قيمة الصحيح وانما احتيج الى هذه النسبة لجواز اختلاف الثمن والقيمة فلو اخذ تفاوت ما بين القيمتين لامكن اخذ الثمن والمثمن كما اذا كان الثمن خمسين وقوم المبيع صحيحا بماية ومعيبا بخمسين فعلى اعتبار النسبة يؤخذ نصف الثمن وهو خمسة وعشرون ولو اخذ التفاوت كان مجموع الثمن وما اطلقه المتقدمون من اخذ تفاوت ما بين المعيب والصحيح مبني على الغالب من بيع الشي بقيمته والامر الضابط ما ذكر من اعتبار النسبة والمعتبر في قيمته صحيحا حالة العقد لانه حين الانتقال الى ملك المشتري ووقت استحقاق الارش ويحتمل حين القبض لانه حين استقرار الملك وانتقال الضمان اذ المبيع قبله معرض للانفساخ لو حصل التلف ويضعف بان ذلك لا دخل له في القيمة مع كون استحقاق الارش قبله وقوى الشيخ اعتبار اقل الامرين من قيمته يوم العقد والقبض اخذا من العلتين وهو ضعيف قوله فان اختلف اهل الخبرة في التقويم عمل على الاوسط المراد بالاوسط قيمة منتزعة من مجموع القيم نسبتها اليه كنسبة الواحد الى عدد تلك القيم فمن القيمتين نصف مجموعهما ومن الثلث ثلثه وهكذا وانما اعتبر ذلك لانتفاء الترجيح لقيمة على اخرى ولانتفاء الواسطة في نحو القيمتين والاربعة فلم يبق الا ان يراد بالاوسط معنى آخر وهو انتزاع قيمة من المجموع بحيث لا يكون القيمة المنتزعة اقرب الى واحدة منها وطريقه ان تجمع القيم الصحيحة على حدة والمعيبة كذلك وينسب احدهما الى الاخرى ويأخذ بتلك النسبة ولا فرق في ذلك بين اختلاف المقومين في القيمة الصحيحة والمعيبة معا او في احدهما وتوضيح ذلك يتم بصور آ ان يختلف المقومون فيهما معا بان قالت احدى البينتين ان قيمته اثنى عشر صحيحا وعشرة معيبا والاخرى ثمانية صحيحا وخمسة معيبا فالتفاوت بين مجموع القيمتين الصحيحتين ومجموع المعيبتين الربع

فيرجع بربع الثمن فلو كان الثمن اثنى عشر فالارش ثلثة ويحتمل ان ينسب معيبة كل قيمة الى صحيحها ويجمع قدر النسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبة القيم ففي المثال التفاوت ما بين المعيبة والصحيحة على قول الاولى السدس وعلى قول الثانية ثلثة اثمان ومجموع ذلك من الاثنى عشر ستة ونصف يؤخذ نصفها ثلثة وربع ولو كانت البينات ثلثا فقالت احديها كالاولى والثانية قيمته عشرة صحيحا وثمانية معيبا والثالثة ثمانية صحيحا وستة معيبا فالقيم الصحيحة ثلثون والمعيبة اربعة وعشرون والتفاوت بينهما ستة هي خمس الصحيحة فيرجع بخمس الثمن وعلى الاحتمال يجمع سدس الثمن وخمسه وربعه ويؤخذ ثلث المجموع وهو يزيد عن الاول في المثال بثلث خمس ب ان تتفق البينات على القيمة الصحيحة وتختلف في المعيبة كما اتفقت على ان قيمته اثنى عشر صحيحا ثم قالت احديهما عشرة معيبا وقالت الاخرى ستة فطريق اخذ التفاوت اما تنصيف المعيبين ونسبة النصف الى الصحيحة فيظهر الثلث او تجمع القيمتين وتكرير الصحيحة مرتين ونسبة المجموع الى المجموع وعلى الاحتمال نسبة العشرة الى الاثنى عشر واخذ السدس ثم الستة الى الاثنى عشر واخذ النصف ويؤخذ نصف المجموع وهو الثلث وهنا يتحد الوجهان ولو كانت البينات ثلثا واتفقت على الاثنى عشر صحيحا وقالت الثالثة ان قيمته ثمانية معيبا كررت الصحيحة ثلثا وضمت الثمانية الى الاخريين او ضممت نسبة الثمانية الى الاثنى عشر الى مجموع النسبتين واخذت ثلثا المجموع وهو الثلث على الوجهين ايضا وعلى هذا القياس ج ان تتفق البينات على المعيبة دون الصحيحة كان اتفقت على ان قيمته ستة معيبا وقالت احدى البينتين قيمته ثمانية صحيحا واخرى عشرة فان شئت جمعت الصحيحتين ثمانية عشر والمعيبتين اثنى عشر والتفاوت بينهما الثلث

الثلث وهو الارش وان شئت اخذت نصف الصحيحتين ونسبته الى المعيبة وهو الثلث ايضا وعلى الاحتمال تجمع التفاوت وهو ربع وخمسان ويأخذ نصفه وتحصل الاختلاف بين الامرين ولو كانت البينات ثلثا بان قالت ثالثة ان قيمته اثنى عشر صحيحا فان شئت جمعت الصحيحة ثلثين واخذت ثلثها وجعلته القيمة الصحيحة ونسبته الى المعيبة واخذت من الثمن بنسبة التفاوت وهو خمسان وان شئت ضعفت المعيبة الى ثمانية عشر ونسبتها الى الثلثين وعلى الاحتمال تجمع تفاوت ما بين الثمانية والستة وهو الربع وبينها وبين العشرة وهو الخمسان وبينها وبين الاثنى عشر وهو النصف وتأخذ ثلث الجميع ويظهر بين الامرين تفاوت ايضا وقس على هذا ما شئت قوله اذا علم بالعيب ولم يرد لم يبطل خياره ولو تطاول ه هذا هو المعروف في المذهب لا نعلم فيه خلافا فانه جعله في ه اقرب وهو يشعر بخلاف لكن لا نعلم قائله وانما خالف فيه الشافعي فجعله على الفور وهو محتمل ان لم يثبت الاجماع بتقريب الدليل السابق في نظايره قوله سواء كان غريمه حاضرا او غايبا ه نبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث شرط حضور الغريم في جواز الفسخ قوله اذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري رده وفي الارش تردد ه منشاؤه من ان ضمان الجملة يقتضي ضمان الاجزاء والاول ثابت في التلف قبل القبض فيكون الثاني كذلك ومن اصالة اللزوم وبراءة البايع خرج منه التلف فيبقى الباقي وهو خيرة الشيخ وابن ادريس والاول اصح وقد تقدم مثله قوله ولو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض بمعنى انه لو تعيب تخير المشتري بين اخذ ارشه ورد الجميع وليس له الاقتصار على رد المعيب خاصة وان كان ظاهر العبارة قد يدل عليه وهذا هو اصح القولين وربما قيل بجواز الاقتصار على رد المعيب نظرا الى سبب الرد هو العيب الحادث في البعض وقد حدث

حين كان ذلك البعض مضمونًا وحده فيتعلق بجواز الرد دون المقبوض واستلزام
تبعيض الصفقة برده **قوله** وما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار
لا يمنع الرد في الثلثة ه المفهوم من قوله لا يمنع الرد وجعل الثلثة ظرفاله ان الرد
بخيار الثلثة لا بهذا العيب الحادث ووجه عدم منعه من ذلك ظاهر لان العيب
الحادث في الثلثة من غير جهة المشتري مضمون على البائع كالسابق فلا يكون
مؤثرا في رفع الخيار وهذا هو المنقول من مذهب المص في المسئلة ونقل عن شيخه
ابن نما ثبوت الخيار في المسئلة المفروضة بالعيب الحادث بناء على ما ذكر
من التعليل فان العيب الحادث في الثلثة لما كان مضمونا على البائع كالسابق
لزمه التخيير بين الرد به واخذ ارشه وتظهر فائدة الخلاف في ثبوت الخيار بعد
انقضاء الثلثة وعدمه فعلى الاول يرتفع دون الثاني اذ لا يتقيد خيار العيب
بالثلثة غايته حصول الخيار فيها بعلتين وهو غير قادح اذ ليست علله حقيقية
حتى يمنع اجتماعها وانما هي معرفات كما في خيار المجلس والحيوان والشرط
والغبن فانه يمكن اجتماعها على عين واحدة وتظهر الفائدة فيما لو شرط اسقاط
بعضها وقول ابن نما هنا اوجه **قوله** روى ابو همام عن الرضا عليه السلام قال
يرد المملوك من احداث السنة من الجذام والبرص وفي رواية علي بن اسباط
احداث السنة الجنون والجذام والبرص والقرن يرد الى تمام السنة ه المراد ان
هذه الامراض اذا حدثت ما بين البيع وتمام السنة يردها المملوك وان لم يكن
الرد في السنة لان خيار العيب ليس على الفور والعبارة قد تدل على خلاف
ذلك والمشهور ثبوت الحكم للاربعة **قوله** فلو احدث ما يغير عينه او صفته
ثبت الارش ه الاجود ان مطلق التصرف مانع من الرد كغيرها من العيوب
وان لم يوجب تغييرًا الفصل السادس في المرابحة والمواضعة والتولية

الفصل السادس

والعيب

السادسة روى

الجنون

المرابحة مفاعلة من الربح وهي تقتضي فعلا من الجانبين ووجهه هنا ان العقد
لما توقف على الرضا والصيغة من الجانبين كان كل منهما فاعلا للربح وان اختص
بملكه احدهما ومثله القول في المواضعة واعلم ان العقد باعتبار الاخبار براس المال
وعدمه اربعة اقسام لانه اما ان يخبر به اولا الثاني المساومة وهي افضل اقسامه
والاول اما ان يبيع معه براس المال او زيادة عليه او نقصانا عنه والاول التولية
والثاني المرابحة والثالث المواضعة وقد تجتمع في عقد واحد الاقسام الاربعة
بان يكون العين ملكا لاربعة اشترى احدهم ربعها بعشرين والاخر بخمسة عشر
والثالث بعشرة واخبروا بذلك والرابع لم يبين الحال وباعوها بستين فان
الثمن يقسط على اجزائها الا على ثمنها فالبيع بالنسبة الى الاول مواضعة والى
الثاني تولية والى الثالث مرابحة والى الرابع مساومة **قوله** ولا بد ان يكون
راس ماله معلوما وقدر الربح معلوما ه اي معلوما للمتعاقدين حالة البيع ولا يكفي
علم احدهما ولا تجدد علمهما بعد العقد وان اقتضاه الحساب المنضبط كما لو علما
بالثمن وجعلا الربح كل عشرة درهما ولا يعلمان ما يتحصل من المجموع حالة العقد **قوله**
ولا بد من ذكر الصرف والوزن ه هذا اذا تعددت النقود واختلف صرفها ووزنها
بان كان صرف الدنانير عشرة دراهم وبعضها اكثر وكذا الوزن اما لو اتحد النقد
لم يفتقر الى احدهما **قوله** ولو اشترى بثمن ورجع بارش عيبه اسقط قدر الارش
واخبر بالباقي ه لان الارش جزء من الثمن فلا بد من بيانه وان كان قوله اشتريته بكذا
وهو الثمن الاصلي حقا لان النقصان الذي هو بمنزلة الجزء **قوله** ولو جنى عليه
فاخذ ارش الجناية لم يضعها من الثمن ه الفرق بين الجناية والعيب ان ارش
العيب ثابت باصل العقد فكانه مستثنى من الثمن بخلاف الجناية الطارية
فانها حق آخر كنتاج الدابة ولا يرد مثله في العيب الحادث بعد العقد وقبل

بعضهم

احدهما

القبض او بعده في زمن الخيار لان ذلك كله مستحق باصل العقد ومقتضاه
فكان كالموجود حالة نعم لو نقص بالجناية وجب عليه الاخبار بالنقص **قوله**
ويكره نسبة الربح الى المال ه لانه يصير بصورة الربا ولا يحرم للاصل خلافا
للشيخ في احد قوليه استنادا الى رواية لا دلالة لها عليه مع امكان حملها على
الكراهة **قوله** ويكره قبل قبضه اذا كان مما يكال او يوزن على الاظهر ه قد تقدم ان
المنع اقوى **قوله** ولو كان شرط في حال البيع ان يبيعه لم يجز ه قد تقدم الكلام في
ذلك وفي علله وانها كلها مدخولة وضمير لم يجز ينبغي عوده الى البيع ليتبع باطلا
كما هو الواقع لا الى الشرط فان عدم جوازه قد لا يبطل العقد وانما يبطل لو
كان الشرط ان يبيعه بعد العقد بلا فصل فلو شرط بيعه بعد مدة او اقالته
فيه صح **قوله** وان كان ذلك من قصدهما ولم يشترطه لفظا كره ه اي لم يشترطه
في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله نعم لو توهم لزوم ذلك او نسي ذكره فيه مع
ذكره قبله اتجه الفساد كما لو شرط فيه قيل عليه ان مخالفة القصد للفظ يقتضي بطلان
العقد لان العقود تتبع القصود فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ للمقصود
اجيب بان القصد وان كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان لتوقف
البطلان على اللفظ والقصد وكذا الصحة فلما يتوقف الصحة عليهما كذلك
يتوقف البطلان عليهما ولم يوجد في الفرض وفيه منع ظاهر فان اعتبارهما
معا في الصحة يقتضي كون تخلف احدهما كافيا في البطلان ويرشد اليه عبارة
الساهي والغالط والمكره وغيرها فان المتخلف الموجب للبطلان هو القصد
خاصة والا فاللفظ موجود والذي ينبغي فهمه انه لا بد من قصدهما الى البيع
المترتب عليه اثر الملك للمشتري على وجه لا يلتزم رده وانما يتفق قصدهما الرده
بعد ذلك بطريق الاختيار نظرا الى وثوق البائع بالمشتري انه لا يمنع من رده

واما الحكم في مسائل

الاولى

بعد تمام

الشرط السابق على العقد

رده

من رده اليه بعقد جديد بمحض اختياره ومروته **قوله** فلو باع غلامه سلعة ثم اشتراها
منه بزيادة جاز ان يخبر بالثمن الثاني ه المراد بغلامه الحر ليتصور صحة بيعه
ومع ذلك يشكل الجواز مع قصد زيادة الثمن بذلك ليربح فيه من حيث انه تدليس
وغرور منهي عنه واستقرب الشهيد رحمه الله التحريم وهو حسن و قوله ولو شرط لم يجز
لانه خيانة يقتضي التحريم مع عدم الشرط ايضا اذا كان قصدهما ذلك لتحقق الخيانة
ومجرد عدم لزوم الاعادة على تقدير عدم شرطها لا يرتفع الخيانة مع اتفاقهما
عليها بل ينبغي فرض التحريم في صورة عدم شرط الاعادة لان التحريم لا يتحقق
الا مع صحة البيع ليمكن فرض الزيادة ومع شرط الاعادة يقع البيع باطلا
كما سلف عن قرب فلا تحقق الخيانة ولا التحريم ويمكن ان يقال بالتحريم وان
قلنا بفساد العقد نظرا الى قصد الغرور والسعي على تحصيل المحرم كما يقال في
النجش والربا انه حرام ويفسد البيع وضابط التحريم قصد الحيلة بذلك على
الزيادة فلو اشتراه منه ابتداء من غير مواطاة جاز وحيث يتحقق النهي
وباع بالاخبار تخير المشتري بين رده واخذه بالثمن كما سياتي ولا فرق في تحريم
الحيلة بين كون غيره غلامه او ولده او اجنبي **قوله** لو باع مرابحة فبان
راس ماله اقل كان المشتري بالخيار بين رده واخذه [illegible] باخذه
باسقاط الزيادة ه ما اختاره المص هو الاقوى لانه الثمن [illegible] عليه
العقد فلا يثبت غيره وثبوت الكذب في الاخبار ينجبر بلحوق الخيار وانما يرده
اذا وجده باقيا على ملك البائع فلو اخرجه عن ملكه قبل الفسخ رجع الى المثل
او القيمة **قوله** ولو قال اشتريته بازيد لم يقبل منه ولو اقام بينة ولم يتوجه
على المبتاع يمين الا ان يدعي عليه العلم ه انما لم يقبل منه لان قوله الثاني مناف
للاول فيلغى ولا تقبل بينته على ذلك لانه كذبها باقراره الاول ويشكل

الثانية لو باع

والاقوى ان تباوه على ملك المشتري غير شرط في الخيار فله الفسخ مع تلفه او خروجه عن ملكه مع رد مثله او قيمته لاصالة بقاء الخيار و على القول باسقاط الزيادة يسقط ربحها ايضا ولا خيار لانه قد رضي بالاكثر فاولى ان يرضى بالاقل ويحتمل ثبوت الخيار ايضا لغروره وكذبه وقد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ لابراء

بجواز الغلط والاستناد الى ... الوكيل ثم يظهر خلافه فيتجه القبول ان اظهر
لانكاره تأويلاً محتملاً بمعنى سماع بينته عليه لا توجه اليمين عليه بمجرد الدعوى
وثبوت مقتضاها ولو ادعى على المشتري العلم بكون الثمن زائداً توجهت
عليه اليمين بنفيه سواء ادعى الغلط ام لا وهو مقتضى اطلاق العبارة
وربما قيل بسماع دعواه مطلقاً نظراً الى امكان الغلط ولا بأس به **قوله**
اذا حط البائع بعض الثمن جاز للمشتري ان يخبر بالاصل وقيل ان كان قبل
لزوم العقد صحت القائل بذلك الشيخ نظراً الى ان الملك لما كان عنده لا يحصل
الا بانقضاء الخيار فاللاحق به قبله بحكمه ويضعف بمنع اللزوم فان الثمن
ما وقع عليه العقد ولا اثر لوقت انتقاله في ذلك **قوله** من اشترى امتعة
لم يجز بيع بعضها مرابحة الى قوله الآن يخبر بذلك المستند مع النص ان المبيع
المقابل بالثمن هو المجموع لا الافراد وان تقوم بها وقسط الثمن عليها في بعض
الموارد كما لو تلف بعضها او ظهر مستحقاً وهذا التعليل شامل للمتماثلة والمختلفة
ورد بالتسوية علامة ابن الجنيد حيث جوز في المتماثلة كقفيزي حنطة وهو ضعيف
وم ... اخبر بالحال جاز بيعه مرابحة وليس كذلك ولعل المسامح
... استثناها مجازاً **قوله** وكذا لو اشترى دابة حاملاً
... جها منفردة عن الولد لان الثمن مع وجود حالة البيع [الحمل]
... بيع وليس للابعاض ثمن بخلاف ما لو تجدد الحمل فانه ح يكون الثمن في
مقابلة الام خاصة كالثمرة المتجددة **قوله** اذا قوم على الدلال متاعاً وربح عليه
او لم يربح ولم يواجبه البيع لم يجز للدلال بيعه مرابحة الا بعد الاخبار بالصورة
الكلام في هذا الاستثناء كما مر فان مفهومه جواز البيع مرابحة مع الاخبار وليس
كذلك لعدم تحقق البيع بالتقويم بل هو بصورة المرابحة ومن ثم لا يجب على الدلال

[الثالثة اذا حط] [الرابعة من اشترى] [الخامسة اذا]

على التاجر الوفاء **قوله** بل الربح له وللدلال اجرة المثل سواء كان التاجر دعاه او
الدلال ابتداه انما كان له الاجرة في الموضعين لانتفاء البيع فيهما مع كونه
مأموراً بعمل له اجرة في العادة فاذا فات المشترط رجع الى المثل ونبه بالتسوية
بين الامرين على خلاف الشيخ رحمه الله حيث فرق بينهما فحكم بكون الزائد للدلال
ان كان التاجر ابتداه بذلك وان لو لم يزد شيئاً فلا شيء له وان كان الدلال
ابتدأ التاجر بذلك فالزيادة للتاجر ولا شيء للدلال استناداً الى اخبار صحيحة
ويمكن تنزيلها على كون الواقع من التاجر على تقدير ابتدائه جعالة فيلزم ما عينه
ولا يقدح فيها الجهالة كما اعترضه ابن ادريس لان الجهالة في مال الجعالة اذا
لم تؤد الى النزاع غير قادح كما سيأتي ان شاء الله تعالى وصحيحة محمد بن مسلم وزرارة
تؤذنان به ومثله ما لو قال من رد عبدي فله ثيابه ولو لم يحصل زيادة فلا شيء له
كما لو لم يوجد على العبد ثياب واما اذا كان المبتدي هو الدلال فيحتمل عدم وجوب
شيء عليه على انه لم يشترط له شيئاً والا فلو عقب كلام الدلال بلفظ يدل على الرضا
بما عينه كان كما لو ابتداه كما لو قال لمن ذهب عبده ارد عبدك على ان لي
نصفه او ثيابه ابتداء منه فقال مولى العبد نعم لك ذلك استحق ما عين له
فعلى هذا يتم كلام الشيخ والروايات من غير منافاة لكلام الاصحاب نعم يبقى فيه البحث
عن كون الجعالة عوض الجعالة على هذا الوجه هل هو قادح ام لا ثم على تقدير
قدحه تجب اجرة المثل في الموضعين **قوله** فيقول وليتك او بعتك او ما
... ان وقع بلفظ بعتك ونحوه من الالفاظ المعتبرة في مطلق البيع الحمد
... العقد

[اجرة م] [وانه ل] [فانه م] [واما التولية] [واما المواضعة]

يقتضي ذلك حملاً على الظاهر من التبعيض وذكر جماعة من الاصحاب احتمال كون الثمن
احداً وتسعين الاجزاء من احد عشر جزءاً من درهم حملاً لمن على ابتداء الغاية ويكون
التقدير من كل عشرة تسلم لي ومثله ما لو قال لكل عشرة درهم لان الوضيعة
للعشرة غير العشرة فهو بمنزلة ما لو قال من كل احد عشر **قوله** وكذا لو قال مواضعة
العشرة حملاً للاضافة على معنى من اي من كل عشرة ويحتمل كونها بمعنى اللام
اي لكل عشرة فيكون الثمن احداً وتسعين الاجزاء من احد عشر كما مر وربما قيل
ببطلان العقد لتكافؤ الاحتمالين الموجب لجهالة الثمن وربما رجح الاول بان وضيعة
العشرة لا يكون الا من نفس العشرة دون ما عداها لان الموضوع من جنس الموضوع
منه فيكون الاضافة بمعنى من والثاني بان المواضعة على حد المرابحة للتقابل بينهما
فكما اقتضت المرابحة المعنى الثاني فكذا المواضعة ويضعف الاول بان اللفظ لا بد
فيه من تقدير وكلا التقديرين محتمل والثاني منع الملازمة وقيام الاحتمال ان لم تدل
القرينة على احدهما هذا غاية ما قرروه في المسألة وفيه بحث لان المراد من الجنس
الذي تكون الاضافة المعنوية فيه بمعنى من ان يكون المضاف جزئياً من جزئيات
المضاف اليه بحيث يصح اطلاقه على المضاف وعلى غيره ايضاً والاخبار به عنه كخاتم
فضة وباب ساج لا جزءاً من كل حيث لا يصح اطلاقه عليه كبعض القوم ويد زيد
فانك تريد بالقوم الكل والكل لا يطلق على بعضه وكذا القول في يد زيد والحاصل
ان من التي تضمنها الاضافة هي التبيينية لا التبعيضية كما في خاتم فضة و
اربعة دراهم وشرط من التبيين ...

[لمن م] [وم]

الثمن كما مر ولم يرد له تعريف من قبل الشارع شامل لجميع افراد المبيع نعم
روى معاوية بن وهب في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن
الرجل يبيع المبيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل او وزن فلا تبعه حتى تكيله
او تزنه الا ان توليه فجعل قبض المكيل والموزون كيله او وزنه بالنسبة الى
جواز بيعه وروى عقبة بن خالد عنه عليه السلام في رجل اشترى متاعاً
من آخر واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه فسرق المتاع من مال
من يكون قال من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فالمتاع
ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه فجعل عليه السلام النقل هو القبض بالنسبة الى
نقل الضمان وهذان الخبران حجة على من اكتفى فيه بالتخلية مطلقاً و
الثاني حجة على من اكتفى بها في نقل الضمان لا في زوال التحريم والكراهة قبل
القبض كالشهيد رحمه الله في س حيث نفى البأس فان الخبر مصرح بانه لا يخرج
من ضمان البائع حتى ينقل ثم يمكن رده نظراً الى سنده فيبقى الكلام في
تسميتها قبضاً والاجود في الرجوع في معناه الى العرف في غير المنصوص
وهو المكيل والموزون لان القاعدة رد مثل ذلك اليه حيث لم يرد له تحديد
شرعي والعرف يدل على ان اقباض غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع يد البائع
عنه وعدم مانع للمشتري من قبضه واما في المنقول فلا يتحقق الا باستقلال
يد المشتري به سواء نقله اولا وكذا في طرف البائع بالنسبة الى الثمن
وهذا مطرد في المكيل والموزون وغيرهما الا انهما خرجا عنه بالنص
الصحيح فيبقى الباقي وهذا هو القوي وتنقيح ذلك يتم بمباحث المراد بالتخلية
حيث يعتبر رفع المانع للمشتري من قبض المبيع ان كان والاذن له فيه
ولا يختص ذلك بلفظ بل كل ما دل عليه كاف وقد يكتفى باللفظ الصريح مع

[فاذا اخرجه من بيته م] [عنده م] [الاقوى ل] [لام]

وجود المانع منها ب لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتياع فان كان بغير اذن البائع
فلا بد من تجديد الاذن في تحققه بالنسبة الى رفع التحريم او الكراهة واما بالنسبة الى
نقل الضمان فيحتمل قويا تحققه بدونه كما لو قبضه بعده بغير اذن البائع ويحتمل توقف الامرين
على تجديده لفساد الاول شرعا فلا يترتب عليه اثر ولو كان باذنه كالوديعة والعارية
لم يفتقر الى تجديد اذن ولا تخلية ج ما يكتفى فيه بالتخلية ان كان عقارا افتقر قبضه رفع يد البائع
عنه مع تمكين المشتري كما مر ولا يشترط مع ذلك مضي زمان يمكن فيه وصول المشتري
اليه او وكيله لان ذلك لا مدخل له في القبض عرفا وان كان منقولا كالحيوان فعلى ما اخترناه
من اشتراط نقله او وضع اليد عليه الحكم واضح وعلى الاكتفاء بالتخلية يحتمل كونه كالعقار
كما مر واعتبار مضي زمان تمكن فيه من قبضه ونقله لامكان ذلك فيه بخلاف العقار د
لو كان المبيع مشغولا باملاك البائع فان كان منقولا كالصندوق المشتمل على امتعة البائع
واعتبرنا نقله فنقله المشتري بالامتعة كفى في نقل الضمان مطلقا ويحتمل توقفه على اذن
البائع في نقل الامتعة وان كان عقارا كالدار ففي الاكتفاء بالتخلية قبل نقل المتاع وجهان
اجودهما ذلك وهو خيرة ه ه لو كان مشتركا بين البائع وغيره فعلى ما اخترناه
ان كان منقولا فلا بد من اذن الشريك في تحقق القبض لتوقفه على اثبات اليد
والتصرف في حصة الشريك وان كان غير منقول ففي توقفه عليه قولان اجودهما
العدم لان حقيقته هاهنا انه رفع يد المالك عنه وتخلية المشتري بينه وبينه
وهذا لا يقتضي التصرف في مال الشريك ووجه الاشتراط ان وضع اليد و
التسلط على التصرف لا يمكن بدون التصرف في حصة الشريك وعلى تقدير
التوقف على اذنه بوجه اذن الشريك فيه والا نصب الحاكم من يقبضه اجمع
بعضه امانة وبعضه لاجل البيع واختاره في المخ الاكتفاء ح بالتخلية لان المانع
الشرعي من النقل كالمانع العقلي في العقار وكذلك في باب الهبة والحكم واحد.

بل فيها اقوى و لو كان المبيع في مكان لا يختص بالبائع كفى في المنقول نقله من حيز
الى آخر وان كان في موضع يختص به فان نقله فيه من مكان الى آخر باذنه كفى في
في نقل الضمان خاصة كما مر ولو اشترى المحل معه كفت التخلية في البقعة
وفيه وجهان اصحهما الافتقار الى النقل كما لو انفرد بالمبيع ولو احضره
البائع فقال له المشتري ضعه فعل تم القبض لان البائع ح كالوكيل فيه
وان لم يقل شيئا او قال لا اريده ففي وقوعه بذلك وجهان وينبغي الاكتفاء به
في نقل الضمان كما لو وضع المغصوب بين يدي المالك دون غيره
ز لو كان المبيع مكيلا او موزونا فلا يخلو اما ان يكون قد كيل قبل البيع او وزن
اولا فان اخبر البائع المشتري بكيله او وزنه او باعه قدرا منه معينا من
صبرة مشتملة عليه فان الاخير لا بد في تحقق قبضه من كيله او وزنه للنص
المتقدم وان كان الاول ففي الافتقار الى اعتباره ثانيا لاجل القبض او الاكتفاء
بالاعتبار السابق وجهان من اطلاق توقف الحكم على الكيل او الوزن و
قد حصل وقوله عليه السلام لا تبعه حتى تكيله او تزنه لا يدل على ازيد من
حصولهما الشامل لما كان قبل البيع ومن كون الظاهر ان ذلك لاجل القبض
لا لاجل صحة البيع فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد ثم صح منه وش وجماعة
وهو الاقوى ويدل عليه قوله عليه السلام في الخبر السابق الا ان توليه فان
الكيل السابق شرط لصحة البيع او ما قام مقامه فلا بد منه في التولية وغيرها
ومقتضى قوله عليه السلام الا ان توليه انه معها لا يتوقف على كيل او وزن ويدل
ذلك على انهما لاجل القبض لا لاجل صحة البيع واما الثاني فان اكتفينا
بالاعتبار الاول في الاول كفى الاخبار فيه والا ربما في ه وان لم نكتف
بالسابق في الاول لم نكتف بالاخبار في الثاني بطريق اولى وقد روى

محمد بن حمران قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه
انه كاله فصدقناه واخذناه بكيله فقال لا باس فقلت ايجوز ان ابيعه كما
اشتريته بغير كيل قال اما انت فلا تبعه حتى تكيله ح الحق في س المعدود
بالمكيل والموزون فاعتبر في قبضه عده بعد البيع ولم يكتف بعده السابق وفيه
نظر لعدم النص وتحقق القبض فيه عرفا مع نقل المشتري له كغيره من المنقولات
والحاقه بهما نظرا الى اشتراط اعتباره في صحة بيعه لا يوجب ذلك عندنا والنفي
فيه ايضا عن اعتبار المكيل والموزون والمعدود بنقله والخبر الصحيح حجة عليه
وقريب منه مختاره في المخ فانه اكتفى فيها باحد امور ثلثة النقل والقبض باليد
والاعتبار بالكيل او الوزن و في النقل ما مر وفي القبض ما دل عليه خبر عقبة بن خالد
من اعتبار النقل ومال في س ايضا الى ان التخلية كافية مطلقا في نقل الضمان لا
في زوال التحريم او الكراهة عن البيع قبل القبض وخبر عقبة حجة ان اعتبره والتحقيق
هنا ان الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما لا على ان
القبض لا يتحقق بدونهما وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي
ذلك لان الاعتبار بهما قبض وزيادة وح فلو قيل بالاكتفاء في نقل الضمان فيهما
بالنقل عملا بمقتضى العرف والخبر الآخر وتوقف البيع ثانيا على الكيل او الوزن
امكن ان لم يكن احداث قول وهذه من المهمات ومما يعم به البلوى في كثير من ابواب
الفقه كالرهن والهبة والوصية وغيرها فلذلك خرجنا فيها عن موضع التعليق
وبقي فيها مباحث اخر مهمة قوله وكذا ان نقصت قيمته بحدث فيه كان للمشتري
رده وفي الارش تردد ه موضع التردد ما لو كان التعيب من قبل الله تعالى ومنشاؤه
من تعيبه على ملك المشتري لا من قبل احد ومن انه مضمون على البائع باجمعه
فضمان اجزائه اولى والاقوى ان له الارش ان لم يفسخ ولو كان التعيب من

من اجنبي او من البائع تخير المشتري بين الرجوع على المتلف بالارش وبين فسخ
العقد فان فسخ رجع البائع على الاجنبي بالارش قوله اذا حصل للمبيع نماء كالنتاج
او ثمرة النخل واللقطة كان ذلك للمشتري ه لان التلف انما يبطل البيع من حينه
فيكون النما السابق وما في حكمه كلقطة العبد التي يمكن تملكها ولو بعد التعريف
للمشتري ويكون هذا النما في يد البائع امانة اقتصارا فيما خالف الاصل وهو
ضمان مال الغير مع عدم العدوان على ما دل عليه الدليل قوله اذا اختلط المبيع
بغيره في يد البائع اختلاطا لا يتميز فان دفع الجميع الى المشتري جاز وان امتنع البائع
قيل ينفسخ البيع لتعذر التسليم وعندي ان المشتري بالخيار ه ما اختاره المص هو
الاقوى لان التسليم ممكن كما في بيع الجزء المشاع وثبوت الخيار يجبر عيب الشركة
ولا فرق بين ان يختلط بمثله او اجود او اردى باختيار البائع وينبغي فيما لو
مزج بالاجود بغير اختياره ثبوت الخيار للبائع ايضا لتضرره بذلك مع اختيار المشتري
الشركة وحيث يفتقر القسمة الى مؤنة فهي على البائع لان هذا العيب مضمون
عليه والتخليص واجب عليه لوجوب تسليم المبيع الى المشتري بعينه ولا يسقط
الخيار ببذل البائع ما امتزج به قوله لو باع جملة فتلف بعضها فان كان للتالف
قسط من الثمن كان للمشتري فسخ العقد وله الرضا بحصة الموجود من الثمن كبيع
العبدين او نخلة وفيها ثمرة لم تؤبر وان لم يكن له قسط من الثمن كان
للمشتري الرد او اخذه بجملة الثمن ه ضابط الاول ما يمكن افراده كاحد العبدين
والقفيزين والثاني ما لا يمكن افراده كيد العبد والفرق بينهما الموجب
لاختلاف الحكم ان الاول لا يبقى مع فواته اصل المبيع والجزء التالف بمنزلة
الوصف كيد العبد ونحوها من اعضائه التي فواتها لا يخل ببقاء العبد فاذا
فات لم يكن له قسط من الثمن فلا ارش له لان الارش هو مقدار حصته من الثمن

هذا اوجه ما اختاره المص والاقوى ثبوت الارش فيه كالاول لان القيمة تزيد بوجوده وتنقص بعدمه وفواته من اظهر العيوب ولان المبيع هو المجموع وقد فات بعضه فيتخير المشتري بين الرد لتبعض الصفقة في الموضعين والارش وهذا كله اذا كان الفائت جزءا من المبيع اما لو كان وصفا محضا كما لو كان العبد كاتبا فنسي الكتابة قبل القبض فللمشتري الرد خاصة او الامساك بجميع الثمن لان الفائت ليس جزءا من المبيع [illegible] بخلافه فلم يستحق سوى الرد قوله يجب تسليم المبيع مفرغا فلو كان فيه متاع وجب نقله او زرع قد احصد وجب ازالته المراد وجوب كل واحد من التسليم والتفريغ ولكن لا يتوقف صحة التسليم عليه فلو سلمه مشغولا فتسلم حصل القبض عندنا ووجب التفريغ مع ذلك واحترز بقوله قد احصد عما لم يكن قد بلغ ذلك فانه يجب الصبر عليه الى اوان حصاده ان اختار البائع ابقاءه ثم ان كان المشتري عالما بالحال والا تخير بين الفسخ والصبر ان احتاج الى مضي زمان يفوت فيه شيء من النفع معتد به قوله ولو كان للزرع عروق الى قوله وجب على البائع ازالته وتسوية الارض وكذا لو كان فيها دابة الى آخره لا ريب في وجوب الاخراج والتفريغ لتوقف التسليم عليه ثم ان استلزم نقصا في المبيع كان على البائع ارشه لانه اتلاف لبعض المبيع بحق وجب عليه ومع جهل المشتري بالحال فله الفسخ قوله لو باع شيئا فغصب من يد البائع فان امكن استعادته في الزمن اليسير لم يكن للمشتري الفسخ والا كان له ذلك المراد باليسير هنا ما لا يشتمل على منفعة مقصودة بحيث يستلزم فواتها نقصا معتبرا او فوات غرض مقصود عرفا على المشتري والكثير يقابله ويجب على البائع استعادته مع الامكان مطلقا لان التسليم واجب

واجب عليه ولا يتم الا بها وشمل قوله والا كان له ذلك ما لو تعذر استعادته اصلا وما لو امكن لكن بعد مضي زمان كثير فان المشتري يتخير بين الفسخ والرجوع الى الثمن وبين الرضا بالمبيع وارتقاب حصوله وله الانتفاع بما لا يتوقف على القبض كعتق العبد ونحوه ثم ان تلف في يد الغاصب فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع وان رضي الصبر مع احتمال كون الرضا به قبضا [illegible] في يد البائع قوله ولا يلزم البائع اجرة المدة على [illegible] يضمن الاجرة مع كون العين مضمونة عليه لانها بمنزلة النماء وقد تقدم انه غير مضمون ووجه اللزوم ان ذلك نقص دخل على المبيع قبل القبض فيكون من ضمان البائع ولان المنفعة كالنماء المتصل وقد قيل انه مضمون كما لو سمن في يد المشتري ثم هزل والاول اقوى و[illegible] فيختص ضمانها بالغاصب قوله اما لو منعه البائع عن التسليم ثم سلم بعد مدة كان له الاجرة ه ينبغي تقييده بما اذا كان الحبس بغير حق فلو حبسه ليقبض الثمن او ليتقابضا معا ونحو ذلك فلا اجرة عليه لاذن الشارع له فيه فلا يتعقبه الضمان وحيث يكون الحبس سائغا فالنفقة على المشتري لانه ملكه فان امتنع منها رفع البائع امره الى الحاكم فان تعذر انفق بنية الرجوع ورجع عليه بها كما في نظائره قوله من ابتاع متاعا ولم يقبضه ثم اراد بيعه كره له ذلك ان كان مما يكال او يوزن وقيل ان كان طعاما لم يجز والاول اشبه ه انما كان اشبه لان فيه جمعا بين الاخبار المختلفة التي دل بعضها على الجواز كرواية جميل وابن الحجاج الكرخي عن ص عليه السلم وبعضها على المنع مطلقا كصحيحة الحلبي ومنصور بن حازم عنه عليه السلم وبعضها على المنع الا تولية كصحيحة معوية بن وهب عنه عليه السلم بحمل النهي

على الكراهة لئلا يسقط اخبار الجواز وهذا الجمع انما يتم لو كانت الاخبار متكافئة في وجوب العمل بها لكن الامر هنا ليس كذلك لان اخبار المنع صحيحة متظافرة وخبر التسويغ في طريق اولهما علي بن حديد وهو ضعيف والاخر مجهول فالقول بالمنع اوضح وهو خيرة مه في ه ود والشيخ في ط بل ادعى عليه الاجماع وجماعة من الاصحاب نعم يبقى الاخبار الدالة على النهي مطلقا مقيدة بغير التولية جمعا بينها وبين ما قيد بها مع صحة الجميع مطلقا كما اختاره جماعة او على بعض الوجوه وهو في غير التولية وما الحق بها لو باع هل يقع باطلا او يأثم خاصة صرح ابن ابي عقيل بالاول فانه قال وبالبطلان وردت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وآله ويؤيده ان النهي هنا راجع الى نفس المبيع فيبطل كبيع المجهول ونحوه ولتعلق النهي فيه بمصلحة لا يتم الا بابطاله وبالثاني قطع مه في المخ قال فيه ولو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع ولم يذكر دليله وكانه نظر الى ان النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد ويشكل بما مر واعلم ان اكثر الاصحاب جعلوا موضع الخلاف هو الطعام واكثر الاخبار المانعة مصرحة به واطلق النهي عن بيع المكيل والموزون في صحيحة منصور بن حازم ومعوية بن وهب الا تولية وبه صرح ابن ابي عقيل وهو الظاهر لعدم التنافي بين العام والخاص حتى يجمع بينهما بالحمل على الخاص كما في حمل ما اطلق فيه النهي على غير التولية لتحقق المنافاة وعلى القول باختصاص النهي بالطعام فهل يعم كل ما اعد للاكل كما هو موضوعه لغة او يختص بالحنطة والشعير لانه معناه شرعا كما نبه عليه في موارد منها في حل طعام اهل الكتاب في الآية الشريفة كل محتمل وبالثاني صرح الفاضل فخر المحققين في بعض فوائده ولعله الاجود اقتصارا في الحكم بما خالف الاصل على المتيقن قوله وفي رواية يختص التحريم بمن يبيعه بربح اما التو

ام مساوية وهذا الاشبهة فيه انما الكلام فيما لو طالبه بقيمته في البلد التي يجب عليه دفعه فيها فان البحث فيها حينئذ في موضعين احدهما ان يرضى المسلم اليه بدفعها وفي جوازه قولان احدهما العدم نظرا الى ان القيمة عوض عن مال السلم قبل قبضه وبيع له وهو غير جائز لان المفروض كونه طعاما والثاني وهو الاقوى الجواز بمنع كون ذلك بيعا بل استيفاء للحق بغير جنسه ومثل هذا لا يسمى بيعا فلا يحرم نعم ربما قيل بكراهته خروجا من خلاف الشيخ وتخلصا عن شبهة التحريم والثاني ان يطلب القيمة ولا يرضى المسلم اليه بدفعها فهل يجبر عليه بناء على الجواز في الاول الاكثر على العدم لان الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة وما في ذمته لا يجب دفعه في البلد المذكور فاولى ان لا يجب دفع ما لم يجر عليه المعاوضة ولم يقتضه عقد السلم وذهب بعض الاصحاب ومنهم مه في ه الى وجوب دفع القيمة حينئذ محتجا بان الطعام الذي يلزمه دفعه معدوم فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه وفيه منع ظاهر اذ ليس ثم طعام يلزمه دفعه حتى ينتقل الى القيمة وعلل ايضا بان منع المالك من المطالبة بحق حال وجعله متوقفا على الوصول الى بلد السلم ضرر ظاهر فانه ربما لم يكن له عزم العود الى ذلك البلد اصلا وان الوصول اليه يحتاج الى اضعاف المسلم فيه من المؤن او ان المسلم اليه قد لا يظفر به بعد ذلك فيفوت حقه بالكلية وما يقتضيه العقد من ارتفاق المسلم اليه بالتسليم في البلد المعين قد يحمله المسلم اليه فلولا الانتقال الى القيمة لضاع حقه اذ ليس له المطالبة بالعين فلو لم نجعل له المطالبة بالقيمة على الوجه الذي ينتفي به ضرر المسلم لادى الى ضياع حقه راسا وانت خبير بان هذه العلل لا توجب الانتقال الى القيمة مع طلبها المسلم بل مع خوف ضياع حقه بدونه للعلم بانه يتخلف الضرر في موارد كثيرة غير ما ذكر كما لو كان المسلم اليه مصاحبا له في الطريق الى البلد المعين للتسليم

اووكل في تسليمه فيه ونحو ذلك فان ذلك هو الذي اقتضاه الامر الشرعي فالعدول
عنه الى القيمة غير جيد نعم لو فرض الضرر في بعض موارده كما لو علم بالقرائن
ان المديون لا يرجع الى تلك البلد المعين ولم يوكل في الايفا توكيلا يوجب
تحصيل الحق وان الحق يفوت بالتاخير اتجه رفع الامر الى الحاكم ليجبره على
احد الامرين دفع العين او القيمة في بلد التسليم او دفع العين فيها بوجه
يمكن وربما قيل بجواز المطالبة بالعين ان كانت القيمة في تلك البلد مثل
قيمته في بلد التسليم او ادون وبالقيمة ان كانت اكثر اما الاول فلان
المفروض كون الحق حالا والاستحقاق له ثابت وتعيين بلد
التسليم انما كان للارتفاق ومع تساوي القيمة في البلدين او نقصها في
بلد المطالبة لا يزول الارتفاق بل يزيد في بعض صوره فلا وجه لتاخيره
واما الثاني فلوجوب التسليم لما ذكر ومع تعذر المثل شرعا بسبب الزيادة و
هذا القول ليس بعيدا من الصواب الا ان فيه منع حصول الارتفاق فيما ذكر مطلقا
لجواز ان يكون المديون قادرا على عين الحق في بلد التسليم عاجزا عنها في الاخر
وان كان انقص قيمة فيحصل الضرر عليه بذلك مع مخالفته ما شرط له من الارتفاق
او دل عليه الاطلاق المسلمون عند شروطهم الامن عصى الله فالقول بالمنع
من المطالبة عينا وقيمة اوجه وهو الاشهر قوله ولو كان قرضا جاز اخذ العوض
لا شبهة في جواز اخذ عوض القرض اذا تراضيا عليه لانتفاء المانع منه وهو
بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه وانما الكلام في وجوب دفع العوض في
غير بلد القرض لان اطلاقه منزل على قبضه في بلده فليس للمقرض المطالبة به
في غيره كما انه لو بذله له المقترض لم يجب عليه قبضه ايضا لما في نقله الى ما عينه
الشارع موضعا للقبض من المؤنة واذا لم يجب عليه دفع عين الحق فكذا

فكذا قيمته لعدم وقوع المعاوضة عليها وقد تقدم تحرير المقام فيما سبق والحكم
واحد واختار في المخ وجوب دفع المثل وقت المطالبة فان تعذر فالقيمة
ببلد القرض وفيهما معا نظر قوله فان كان غصبا لم يجب دفع المثل وجاز دفع
القيمة بسعر العراق والاشبه جواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان
وبالقيمة الحاضرة عند الاعواز ه القول الاول للشيخ رحمه الله وساوى
بين القرض في الحكم وما اختاره المص هو الاقوى لان الحق ثبت عليه والزم
فيعم كل مكان وهو مواخذ باشق الاحوال ووجه وجوب القيمة عند الاعواز
انه وقت الانتقال من المثل الى القيمة في المثلي واستقرب في المخ في القيمي قول
الشيخ وهو قيمته ببلد القرض لانه غصبه هناك فاذا تعذر المثل وجب عليه
قيمته فيه ونقل ما اختاره المص هنا عن والده ويشكل بما قلناه ويحتمل وجوب
اعلى القيم من حين الغصب الى حين الدفع قوله لو اشترى عينا بعين و
قبض احدهما ثم باع ما قبضه وتلفت العين الاخرى في يد بايعها بطل البيع
الاول ولا سبيل الى اعادة ما بيع ثانيا بل يلزم البائع قيمته خاصة انما
لم ينفسخ البيع الثاني لان العين المبيعة كانت ملكا للبائع وانما طرأ البطلان
على العقد بعد انتقال العين فلا يؤثر فيما سبق من التصرفات بل يلزم البائع
الثاني دفع المثل ان كانت العين مثلية والقيمة ان كانت قيمية كما لو تلفت
العين وهل المعتبر قيمته يوم البيع او يوم تلف العين الاخرى يحتمل الاول
لانه وقت تعذر المثل والثاني لان القبيح لم تكن لازمة للبائع وانما لزمت
بتلف العين الاخرى الموجب لبطلان البيع وهو الاجود ويستفاد من ذلك
ان تلف المبيع قبل قبضه انما يبطل العقد من حينه لا من اصله والا لاسترد
العين وتظهر الفائدة في ذلك في النماء قوله فان كان فيه نقد غالب والا كان

البيع باطلا ه اذا تعدد النقد في البلد كان بمنزلة المشترك لا يحمل على احد معانيه
الا بقرينة فان غلب احد النقود حمل عليه لان الاغلبية تكون قرينة احد افراد
المشترك وان تساوت ولم يعين بطل العقد لعدم الترجيح واختلاف العوض ثم
الغلبة قد تكون في الاستعمال وقد تكون في الاطلاق بمعنى ان الاسم يغلب
على احدهما وان كان غيره اكثر استعمالا كما يتفق في زماننا في بعض اسماء النقود
فان اتفقت الغلبة فيهما فلا اشكال في الحمل عليه وان اختلفت بان كان احدهما
اغلب استعمالا والاخر اغلب وضعا ففي ترجيح احدهما او يكون بمنزلة المتساويين
نظرا الى تعارض المرجحين نظر وان كان ترجيح اغلبية التعارف اوجه وكذا
القول في الكيل والوزن قوله لو اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البائع مع يمينه
ان كان المبيع باقيا وقول المشتري مع يمينه ان كان تالفا ه هذا هو المشهور بين
الاصحاب بل ادعى عليه الشيخ الاجماع وبه رواية مرسلة عن ص ع في الرجل يبيع الشيء
فيقول المشتري هو بكذا وكذا باقل مما قال البائع قال القول قول البائع اذا كان
الشيء قائما بعينه مع يمينه وهذه الرواية تدل بمنطوقها على الاول وهو تقدم
قول البائع مع قيام عين المبيع واستفيد الثاني من مفهومها ولانه موافق للاصل
ولانه لا قائل فيه بخلافه مع القول في الشق الاخر بما دلت عليه ومرسلها احمد بن
ابي نصر وقد استثناه بعض الاصحاب من المنع من المراسيل مع من استثنى
وعلى تقدير عدمه منجبر بالشهرة بين الاصحاب وعملهم بمضمونها واحتجوا له ايضا
بان المشتري مع قيام السلعة يدعي ملكها وانتقالها اليه بما ادعاه من العوض
والبائع ينكره فيقدم قوله لانه منكر واما مع تلفها فان البائع يدعي قدرا زائدا
في ذمة المشتري وهو ينكره فيكون القول قوله وفيه نظر لاتفاقهما على انتقال العين
الى المشتري وملكه لها وانما الخلاف بينهما فيما يستحق في ذمة المشتري فلا وجه

فلا وجه لتقديم قول البائع بل المشتري هو المنكر في الموضعين فالمعتبر حينئذ هو النص
وفي المسئلة اقوال اخر منها ان القول قول من هو في يده الا ان يحدث المشتري
فيه حدثا فيكون قوله مطلقا وهو خيرة ابن الجنيد ونفى عنه البأس في ه ووجه
الاول ان من ليس في يده يدعي انتزاعه بما يقربه من الثمن وذو اليد ينكر ذلك
فيكون القول قوله ترجيحا لذي اليد فان الخارج هو المدعي واما حدث المشتري
فهو دليل اليد وفيه ما مر ومنها ان القول قول المشتري مع قيام السلعة
اذ تلفها في يده او في يد البائع بعد الاقباض والثمن معين والاقل لا يقابل
اجزاء الاكثر ولو كان مغايرا تحالفا وفسخ البيع واحتج على الاول بان المشتري
منكر وعلى الثاني بان التحالف في عين الثمن وكل منهما ينكر ما يدعيه الاخر فيتحالفان
وهذا القول يرجع الى تقديم قول المشتري مطلقا حيث يكون الاختلاف في
كمية الثمن وسياتي ومنها انهما يتحالفان مطلقا لان كلا منهما مدع ومنكر
وذلك لان العقد الذي تضمن الاقل وتشخص به ينكره البائع والعقد الذي
تضمن الاكثر وتشخص به ينكره المشتري فيكون هذا النزاع في قوة ادعا كل منهما
عقدا ينكره الاخر فيتحالفان ويبطل البيع وفيه منع المغايرة الموجبة لما ذكر لاتفاقهما
على عقد واحد وعلى انتقال المبيع الى المشتري به وثبوت الثمن الاقل في ذمته
وانما يختلفان في الزائد واحدهما يدعيه والاخر ينكره فلا وجه للتحالف وهذا
القول احتمله مه في كثير من كتبه وصححه ولده في الايضاح ونسبه في س الى الندور
مع انه اختاره في قواعده ومنها القول قول المشتري مطلقا لاتفاقهما على
وقوع البيع وانتقال المبيع الى المشتري وانما الخلاف بينهما فيما يستحق في
ذمته فيكون القول قوله في نفي الزائد مطلقا لانه منكر وهذا القول لم يذكره
احد من اصحابنا في كتب الخلاف وذكره مه في عدا احتمالا ونقله في ه عن بعض

العامة وقواه والذي يظهر انه اقوى الاقوال ان لم يتعين العمل بالاول نظرا
الى الخبر او الاجماع غير ان فيهما ما قد عرفت وتنقيح المسئلة يتم بامور ا هذا البحث كله
اذا وقع النزاع بعد قبض المشتري او قبله مع بقاء عين المبيع اما لو وقع بعد
تلفه في يد البائع فان العقد ينفسخ ولا يظهر للنزاع اثر ان لم يكن البائع قد قبض
الثمن ولو كان قبضه كان كالدين في ذمته او الامانة عنده فيقدم قوله في قدره
ومثله ما لو اختلفا في قدر الثمن بعد قبض البائع له والاقالة او الفسخ باحد وجوه
ب موضع الخلاف ايضا ما لو كان الثمن في الذمة ليمكن جريان الاقوال فلو
كان معينا كما لو قال البائع بعتك بهذا العبد او الدينار فقال بل بهذه الامة او
الدراهم فانه يتعين التحالف قطعا لان كلا منهما مدع ومنكر وهو ضابط التحالف
وهذا لا يطلق عليه اختلاف في القدر نعم قد يتفق مع التعيين الاختلاف في معينا
القدر كما لو قال بعتك بهذين الدينارين او الثوبين مثلا فقال بل باحدهما
فان الحكم فيه كالذمة والاقوال جارية فيه وبهذين الامرين يظهر ان ما فصله
العلامة في المخ يرجع الى تقديم قول المشتري مطلقا فيكون موافقا لما قواه في ٨
ج على القول المشهور الفارق بين قيام العين وتلفها لو كانت العين باقية
قائمة العين لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالا لازما كالبيع والعتق والو
والهبة اللازمة فهل تنزل منزلة التلف ام لا قيل بالاول لما تقدم من التعليل
وقد عرفت ما فيه لامر وانه للتلف في الخروج عن حد الانتفاع بالنسبة الى المشتري
فيكون طلبا حكميا ويشكل بمنع ذلك وكونه علة الحكم فان من الجائز كون التلف
الحقيق علة لقبول قول المشتري في الاقل نظرا الى امتناع الرجوع اليها في اعتبار
ما يدعيه وصيرورته منكرا بكل وجه مع ان الحكم انما تعلق في تقديم قول البائع
على بقاء العين من غير اعتبار بالعلة وهو متحقق مع انتقالها عن ملكه باي وجه

وقد قيل في كثير من ذلك بعدم الدخول في التذكرة نفي دخول السلالم المسمرة والرفوف
والاوتاد المثبتة لخروجها عن اسم الدار والاول اقوى لقضاء العرف به وفي
التذكرة نفي دخول الخوابي مطلقا وهو يتم في المنقولة دون المثبتة المدلول
على دخولها بالعرف ولو كان السلم غير مثبت لم يدخل قطعا قوله وفي دخول
المفاتيح تردد ودخولها اشبه ه وجه التردد من خروجها عن اسم الدار وكونها
منقولة فيكون كالالات المنتفع بها فيها ومن انها من توابع الدار وكالجزء من
الاغلاق المحكوم بدخولها والاقوى الدخول الان يشهد العرف بغيره كمفاتيح
الاقفال ونحوها مما لا يدخل القفل نفسه ومثلها في الاشكال الواح الدكاكين
المجعولة ابوابا منقولة للارتفاق بسعة الباب والاقوى دخولها ايضا قوله
ولا تدخل [illegible] المنصوبة ه اي التي ثبت حجرها الاسفل وانما لم تدخل لانها
لا تعد من [illegible] لغة ولا عرفا وانما اثبت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع
وتتحرك عند [illegible] استعمال والشيخ قول [illegible] الرحى المثبتة لصيرورتها من
[illegible] الدار او توابعها بالتثبيت و [illegible] الاسفل قوله ولو كان في الدار
نخل او شجر [illegible] دخل في البيع فان قال بحقوقها قيل يدخل ولا ارى هذا شيئا ه القول
للشيخ رحمه الله بناء منه انها تدخل وان لم يقل بحقوقها محتجا بانها من حقوقها
والمنع متوجه الى الامرين معا والاقوى عدم الدخول [illegible] الامع دلالة اللفظ
او القرائن عليه كقوله وما اشتملت عليه او ما اغلق عليه بابها او ساوره وعلى الشجر
ايضا [illegible] لا يصلح الا لها ونحو ذلك ولو كثر الشجر بحيث يطلق عليه اسم
البستان ونحوه فاولى بعدم الدخول مع الاطلاق قوله واذا استثنى نخلة فله
الممر اليها والمخرج ومدى جرائدها من الارض ه اذا استثنى شجرة من بستان و
نحوه او اشتراها من مالكها خاصة لم تدخل الارض في المبيع لكن يستحق من منفعتها

ما يتوقف عليه الانتفاع بالشجرة وثمرتها من الدخول اليها وسقيها وحرثها
وجمع ثمرتها ووضعه في المكان المعتاد له ويستحق ايضا مدى جرائدها في
الهوى وعروقها في الارض فليس لمالك الارض عطف شيء منها ولا قطعه
ولا العمل في الارض بما يضر بالعروق ولا الانتفاع بما استحقه زمن بقائها
بالزرع ونحوه ان اضر بها ولو لم يضر ففي جوازه احتمال وجيه لانه مالك
للارض وانما استحق مالك الشجرة ما يحتاج اليه بطريق الاستتباع الوقت
الانتفاع عليه لا الملك فيقتصر منه على موضع اليقين وكذا لا يجوز لمالك الشجرة
الانتفاع بما يخرج عن متعلقاتها من الزرع تحتها والاقامة عندها زيادة
على المعتاد في امثالها مع احتماله ايضا قوله ولو باع ارضا وفيها نخل
وشجر كان الحكم كذلك ه اي لا يدخل في بيع الارض مع الاطلاق كما لا يدخل
في بيع الدار وان قال بحقوقها الا على قول الشيخ رحمه الله ولو قال وما دار
عليه حائطها او وما اشتملت عليه او ما اغلق عليه بابها ونحوه دخلت والظاهر
انه لا يعتبر هنا كون الارض ذات حائط او باب بل هذه الالفاظ دالة على
دخول ما اشتملت عليه بطريق الحقيقة ان كان لها ذلك والا فبطريق الكناية
وقد ذكر ذلك جماعة من الاصحاب ولا باس به قوله ولو باع نخلا قد ابر ثمرها
فهو للبائع ه التابير تشقيق طلع الاناث وذر طلع الذكور فيه ليجيء رطبها
اجود [illegible] لم يؤبر والعادة الاكتفا بتابير البعض والباقي يتشقق بنفسه
[illegible] الذكور اليه وقد لا يؤبر شيء ويتشقق الكل فيتابر بالرياح خصوصا
اذا كانت الذكور في ناحية الصبا فهب الصبا وقت التابير ومستند الحكم
النص عن النبي والائمة عليهم السلام واجماع المسلمين عليه الا من شذ
من العامة قوله ويجب على المشتري تبقيته نظرا الى العرف ه ظاهر العبارة

العجة بتساوي الارض او تقاربها والا فالبطلان اجود قوله ولو باع ارضا على انها
جربان معينة فكانت اقل فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع او اخذها بحصتها من الثمن
وقيل بل بكل الثمن والاول اشبه ه القول مذهب الاكثر ووجهه ان المبيع متقدر بقدر معين
ولم يحصل ذلك القدر فيتقسط الثمن عليه وعلى الفائت ان اختار المشتري الامضاء وله
الفسخ لفوات بعض المبيع وهو لا يقصر عن فوات وصف ويشكل التقسيط بان الفائت
لا يعلم قسطه من الثمن لان المبيع مختلف الاجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجربان ووجه الثاني
ان المبيع التي تناولته الاشارة هو الارض المعينة لا غير فان رضي بها اخذها بما وقع
عليه عقدها من الثمن لان العقد وقع عليه دخطيه لو لم يعلم البائع بالنقصان هل ثبت
له الخيار ايضا يحتمله لانه لم يرض الا ببيعها بالثمن اجمع ولم يسلم له وعلى تقدير الثبوت هل
يسقط ببذل المشتري جميع الثمن يحتمله لحصول ما رضي به وبه قطع في المخ وعدمه لثبوت
الخيار فلا يزول بذلك كالغبن لو بذل الغابن التفاوت وللشيخ قول ثالث بان البائع
ان كان له ارض بجنب الارض المبيعة فعليه الاكمال منها والا اخذه
المشتري بجميع الثمن او فسخ واستند في ذلك الى رواية لا تنهض حجة في ذلك قوله
ولو زادت كان الخيار للبائع بين الفسخ والاجازة بالثمن ه وجهه ان المبيع هو العين
المشخصة موصوفة بكونها مخصوصا بالثمن المعين مع وصف اخر وهو التقدير المذكور
وفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعا ثم تخير البائع لفوات الوصف ويحتمل
كون الزيادة للبائع فيتخير المشتري بين الفسخ والرضا في الباقي بجميع الثمن واستقرب في
المخ تخير البائع بين تسليم المبيع زائدا وبين تسليم القدر المشروط فان رضي بالجميع فلا خيار
للمشتري لانه زاده خيرا فان اختار الثاني تخير المشتري بين الفسخ والاخذ بجميع الثمن
المسمى فان رضي بالاخذ فالبائع شريك له ثم احتمل تخيره لتضرره بالشركة وعدمه
لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن في البعض كان اولى ولان الضرر

حصل بتغريره وتحمل بطلان البيع من رأس لأن البائع لم يقصد إلى بيع الزائد والمشتري
لم يقصد شراء البعض وهذه آتية في متساوي الأجزاء كالحنطة قوله ولو نقص ما
يتساوى أجزاؤه ثبت الخيار للمشتري بين الرد وأخذه بحصته من الثمن وجه ذلك
قد علم مما سبق في مختلف الأجزاء ويريد هنا أن التقسيط يمكن لمتساوي الأجزاء
ويشكل بما مر أيضا من أن مجموع المثمن المقابل لمجموع الثمن هو ذلك الموجود غاية
ما في الباب أنه لم يعلم النقصان وأختار معه في عدم تساوي المسألتين في طرف
الزيادة والنقصان في الحكم بتخير البائع أو المشتري بين الفسخ والإمضاء بالجميع
وهو متجه قوله ولو جمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد بثمن واحد كبيع وسلف
أو إجارة وبيع أو نكاح وإجارة صح ويقسط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل
ومهر المثل لا خلاف عندنا في صحة ذلك كله لأن الجميع بمنزلة عقد واحد والعوض
فيه معلوم بالإضافة إلى الجملة وهو كاف في انتفاء الغرر والجهالة وإن كان
عوض كل منهما بخصوصه غير معلوم وكون كل واحد بخصوصه بيعا في المعنى أو
إجارة أو غيرها الموجب لعوض معلوم لا يقدح لأن لهذا العقد جهتان فبحسب الصورة
هو عقد واحد فيكفي العلم بالنسبة إليه ثم إن احتيج إلى التقسيط قسط على ما ذكر لأن
العوض المبذول في مقابلة المتعدد إنما بذل في مقابلة كل واحد كما لو باع أشياء
متعددة في عقد واحد بثمن واحد واعتبار ثمن المثل وأجرته موضع وفاق أما مهر
المثل فربما استشكل بما سيأتي إن شاء الله من أن المفوضة ترجع إلى مهر السنة
لو زاد مهر المثل عنه وهنا لم يتعين لها مهر مقدر ابتداء أشبهت المفوضة فيحتمل
كونها كذلك ولا يتم إطلاق مهر والأصح اعتباره لأنها ليست مفوضة بل مسماة
المهر غايته عدم العلم بقدر ما يخصه ابتداء وعلى تقدير التفويض فالرجوع إلى مهر السنة
على تقدير زيادة مهر المثل في موضع المنع قوله وكذا يجوز بيع السمن بظروفه ولو قال

ولو قال بعتك هذا السمن بظروفه كل رطل بدرهم كان جـ[illegible]
من معرفة وزن الظرف والمظروف جملة وإنما يمتاز [illegible]
في الأولى على ثمن مثلهما وفي الثانية عليهما باعتبار الوزن وتظـ[illegible]
كل واحد منهما الواحد أو ظهر أحدهما مستحقا وأريد معرفة ما يخص كل واحد
يقسط الثمن على ثمن مثلهما بأن يقال قيمة الظرف ثلاث دراهم وقيمة السمن سبعة
فيخص الظرف عشر الثمن كائنا ما كان وعلى الثاني يوزن الظرف منفردا وينسب
إلى الجملة ويؤخذ له من الثمن تلك النسبة

الفصل الخامس في أحكام العيوب قوله

من اشترى شيئا مطلقا أو بشرط الصحة اقتضى سلامة المبيع من العيوب اشتراط
الصحة يفيد مجرد التأكيد لأن الإطلاق يقتضي السلامة لأنها الأصل في الأعيان
فإذا ظهر عيب تخير كما سيأتي وربما قيل إن فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ وإن
تصرف لو ظهر عيب ففيه فائدة زائدة على الإطلاق كاشتراط الحلول قوله
ويسقط الرد بالتبري من العيوب لا فرق في ذلك بين علم البائع والمشتري
بالعيوب وجهلهما والتفريق ولا بين الحيوان وغيره ولا بين العيوب الباطنة
وغيرها عندنا ولا بين الموجودة حالة العقد والمتجددة التي توجب ردا وأرشا
ولا يقدح في الثاني كون البراءة مما لم يجب بعد لأن التبري إنما هو من الخيار الثابت
بسببها بمقتضى العقد لا بالعيب وهل يدخل المتجدد بعد العقد وقبل القبض أو في
زمن خيار المشتري في البراءة السابقة المطلقة وجهان من العموم ومن أن
مفهومه التبري من الموجود حال العقد قوله وبالعلم بالعيب قبل العقد أي علم
المشتري به قبله فإن قدومه عليه رضا بالعيب قوله وبإسقاطه بعد العقد
أي بإسقاط المشتري خيار العيب ولا يختص بلفظ بل كل ما دل عليه من الألفاظ
كاف فيه وبه يسقط الرد والأرش لأنهما متعلق الخيار ولازمه فإذا أسقط

[illegible] بما اختص به قوله وكذا الأرش عطف على
[illegible] الثلاثة والحكم في الأولين مطلق أما الأخير فإنما ينتفي
[illegible] أحدهما اختص بالحكم كما قلناه قوله ويسقط
[illegible] الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده
[illegible] الحدث بين الناقل عن الملك وغيره وقد تقدم توضيحه
الخيار ومنه ركوب الدابة في طريق الرد وحلبها ونقلها إلى بلده البعيدة دون سقيها
وعلفها فلو توقف ردها على ركوبها [illegible] يعسر قودها وسوقها لم يقدح ركوبها
ونبه بقوله سواء كان قبل العلم أو بعده على خلاف ابن حمزة حيث جعل التصرف بعد
العلم مانعا من الأرش كما يمنع من الرد وهو ضعيف إذ لا دلالة للتصرف على الإسقاط
والأصل يقتضي بقاءه نعم يدل على الالتزام بالعقد فيسقط الرد قوله وبحدوث عيب
بعد القبض فإنه مانع من الرد بالعيب السابق دون الأرش ولا فرق في العيب
الحادث بين كونه من جهة المشتري وغير جهته ويستثنى منه ما لو كان المبيع حيوانا
وحدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري فإنه لا يمنع من الرد ولا الأرش
لأنه مضمون على البائع والظاهر أن كل خيار مختص بالمشتري كذلك قوله ويثبت الأرش
في الصورتين ويثبت أيضا في صورتين أخريين أحدهما إذا اشترى من ينعتق عليه فإنه
ينعتق بنفس الملك ويتعين الأرش لو ظهر معيبا وفي رده إلى صورة التصرف تكلف
والثانية ما تقدم من إسقاطه الرد دون الأرش وقد ينعكس الحكم في بعض الموارد
فيثبت الرد دون الأرش كما لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح أو ساوت القيمة كما لو ظهر
العبد خصيا فإن المشتري يتخير بين الرد والإمساك مجانا ولو حصل مانع من الرد
كحدوث عيب وتصرف سقط الأمران معا ويشكل حينئذ الصبر على العيب والرد
فإنهما إضرار ويمكن ترجيح البقاء اعتبارا بالمالية وهي باقية وكما لو اشترى ربويا بجنسه

نعم يمكن مع ذلك كون الوضيعة من نفس العشرة كما يستفاد ذلك من إضافته إلى
الثمن وكذا نظائره من المرابحة وغيرها واعلم أن التعبير بالوضيعة هنا أولى من
المواضعة لأنها مفاعلة لا يدخل في الباب وإنما الغرض وضع الدرهم من العشرة
أو لها والوضيعة تؤدي هذا المعنى بحمل الفعيل على المفعول

الفصل السابع

في الربا الربا لغة الزيادة قال الله تعالى فلا يربوا عند الله وشرعا بيع أحد
المتماثلين المقدرين بالكيل والوزن في عهد صاحب الشرع عليه السلام أو في
العادة بالآخر مع زيادة في أحدهما حقيقة أو حكما أو اقتراض أحدهما مع الزيادة
وإن لم يكونا مقدرين بهما إذا لم يكن باذل الزيادة حربيا ولم يكن المتعاقدان
والدا مع ولده ولا زوجا مع زوجته وعلى القول [illegible] معاوضة بدل البيع
بالمعاوضة على أحد المتماثلين إلخ وقد عرفت بأنه زيادة أحد العوضين المتماثلين
نظرا إلى مناسبة المنقول عنه وتحريمه ثابت بالنص والإجماع وهو من أعظم
الكبائر الموبقات حتى أن الدرهم منه أعظم من سبعين زنية كلها بذات محرم
رواه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قوله وهو يثبت في البيع ظاهره
اختصاص الربا بالبيع وهو أحد القولين في المسألة لأن المص رحمه الله قد صرح
في باب الغصب بثبوته في كل معاوضة وهو ظاهر اختياره في الصلح أيضا وهو
الأقوى عملا بإطلاق قوله تعالى وحرم الربوا قوله الجنس وضابطه كل
شيئين يتناولهما لفظ خاص المراد باللفظ الخاص ما يكون مفهومه نوعا بالإضافة
إلى ما تحته فالجنس في هذا الباب هو المعبر عنه في المنطق بالنوع وأهل اللغة
يسمونه جنسا فيها والمراد بالشيئين اللذين يتناولهما اللفظ أفراد ذلك النوع
كالصغرى والحمراء ويستثنى منه الشعير فإنه هنا من أفراد الحنطة مع عدم تناول
لفظها له وخروجها بالنص وأما العلس والسلت على القول بأنهما من أفراد

الحنطة والشعير فدخولهما فيها ظاهر وان اختصا باسم آخر والا فمقتضى الاسم عدم الالحاق قوله فيجوز بيع المتجانسين وزنا بوزن نقدا هذا اذا كان اصلهما الوزن اما لو كان اصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزنا خاصة نظر من كون الوزن اضبط حتى قيل انه اصل الكيل ومن ورود الشرع والعرف بالكيل فلا يعتبر بغيره وظاهر كلام المص اختيار الاول وهو متجه بل نقل بعضهم الاجماع على جواز بيع الحنطة و الشعير وزنا مع الاجماع على كونهما مكيلين في عهده صلى الله عليه وآله قوله ولا يجوز اسلاف احدهما في الآخر على الاظهر هذا هو المشهور لا نعلم فيه خلافا الا ما يظهر من الشيخ في ف وط فانه يشعر بكراهة السلف ولا يعلم ماخذه وربما حمل على ارادة التحريم فانه بعض معاني المكروه وقد استعمله الشيخ في ذلك في غير ما موضع قوله وفي النسيئة تردد والاحوط المنع الجواز اقوى للاخبار الصحيحة والقول بالمنع للشيخ رحمه الله في احد قوليه استنادا الى خبر ظاهر في الكراهة ونحن نقول بها قوله والحنطة والشعير جنس واحد في الربوا على الاظهر لتناول اسم الطعام لهما نبه بقوله في الربا على انهما في غيره كالزكوة جنسين اجماعا للاختلاف مفهوما لغة وعرفا واما في الربا فالاظهر انهما جنس واحد لصحيحة الحلبي وابي بصير وهشام بن سالم وعبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الصادق عليه السلام بل ادعى الشيخ في ف عليه الاجماع وهي الحجة على من خالف نظرا الى اختلافهما صورة وشكلا ولونا وطعما وادراكا وحسا واسما فان ذلك كله غير مسموع في مقابلة النصوص الصحيحة وفي احتجاج المص رحمه الله بتناول اسم الطعام لهما على الاتحاد نظر فانه لا يلزم منه اتحادهما مع تحقق الاختلاف المذكور وانما الموجب للاتحاد النص والاجماع قوله وكلما يعمل من جنس يحرم التفاضل فيه كالحنطة بدقيقها والشعير بسويقه والدبس المعمول من التمر بالتمر وكذا ما يعمل من العنب بالعنب فلا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا اذا كانا مكيلين او موزونين

او موزونين ولو كان احدهما مكيلا والآخر موزونا كالحنطة ودقيقها والسمسم والشيرج في اعتبار تساويهما بالوزن ام الكيل وجهان ناشئان قوله وما يعمل من جنسين يجوز بيعه بهما وبكل واحد منهما بشرط ان يكون في الثمن زيادة عن مجانسه لا يشترط لجواز بيعه بهما مساواة جملة الثمن له قدرا لان كل جنس ينصرف الى ما يخالفه ولا يعتبر معرفة كل واحد من الجنسين بل يكفي معرفة المجموع واما اذا بيع باحدهما فانه يشترط زيادته على مجانسه زيادة متمولة بحيث يمكن فرض كونها عوضا في البيع منفردة وقد يفرض هنا ايضا الجهل بقدر المجانس للثمن مع العلم بزيادته عليه بان يعلم ان المجانس لا يبلغ النصف فيبيعه بقدر ثلثي المجموع مثلا وفي حكم المعمول من جنسين ضم احدهما الى الآخر وبيعهما في عقد واحد وان تميزا لتساوي الفرضين في العلة المسوغة للبيع عندنا قوله واللحوم مختلفة بحسب اختلاف اسماء الحيوان فلحم البقر والجواميس جنس لدخولها تحت لفظ البقر هذا الحكم محل وفاق و المراد انهما داخلان تحت البقر لغة والا فالعرف يابى ذلك مع انه مقدم على اللغة وقد تقدم ان مناط الاتحاد تناول اللفظ الخاص لهما فلولا الاجماع على الحكم لكان فيه نظر ونبه عليه ما قواه المص في افراد الحمام المختصة باسم كما سياتي قوله عرابها وبخاتيها هو بفتح الباء وتشديد الياء المثناة من تحت جمع بختي بضم الباء وتشديد الياء ايضا الابل الخراسانية قوله والحمام جنس واحد ويقوى عندي ان كل ما يختص باسم منه فهو جنس على انفراده كالقماري والورشان قد تقدم في الحج تعريف الحمام على اختلاف فيه وان القماري والورشان من افراده ووجه الخلاف هنا الشك في ان مقولية الحمام على ما تحته مقولية النوع على الاصناف او الجنس على الانواع فعلى الاول يحرم بيع بعضها ببعض مطلقا وعلى الثاني يختص كل نوع بحكمه ولما كان الوقوف على ذاتيات الحقايق عزيزا جدا ولم يكن من جهة الشرع قاطع بشيء حصل الخلاف

وبهذا يحصل الفرق بين افراد الحمام وافراد البقر بالنسبة الى الجاموس فانه قد ثبت شرعا انهما نوع واحد ومن ثم ضم احدهما الى الآخر في الزكوة وعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود يقتضي جواز بيع بعضها ببعض كيف كان الى ان يتحقق المخرج ويؤيده ان العرف ايضا لا يسمي هذين الفردين حماما ولا شك ان الحكم باتحاد النوع اولى واعلم ان الطير من حمام وغيره انما يتصور الربا فيه اذا بيع لحمه وزنا اما لو بيع جزافا مثلا ولو بيع عددا كما هو الغالب ففي ثبوت الربا فيه خلاف يأتي والاقوى عدمه قوله وكذا السموك الحكم المشبه به المشار اليه بذا هو ما سبق في الطير انه جنس واحد ويقوى ان ما يختص باسم منه فهو جنس على انفراده ويحتمل كون المشار اليه هو كونه جنسا واحدا والحاصل ان في اتحاد جنس السمك او تعدده بتعدد اسمائه خلافا نظرا الى تمكن الشك في مقوليته كما تقدم في الحمام قوله ولا يجوز التفاضل بين ما يخرج من اللبن وبينه كزبد البقر مثلا بحليبه و مخيضه واقطه هذا الحكم محل وفاق نقله في ه عن علمائنا اجمع ولولا ذلك لانقدح فيه الاشكال السابق نظرا الى اختلاف الاسم والطبيعة قوله فدهن السمسم جنس وكذا ما يضاف اليه كدهن البنفسج اضافته اليه لا تخرجه عن افراد نوع الدهن فانه ليس مركبا منه ومما يضاف اليه بل هو عين الدهن يكتسب باختلاطه به مدة خاصة ثم ينزع منه قوله فخل العنب مخالف لخل الدبس اي خل دبس التمر وقد يطلق الدبس على ما يعم دبس العنب ويختص خل العنب بخل الجمر قوله وفي النسيئة تردد هذا هو الخلاف المتقدم في بيع احد الدبسين بالآخر المخالف متفاضلا نسيئة والاقوى جوازه قوله ولو كان معدودا كالثوب بالثوبين الى قوله نقدا وفي النسيئة تردد ظاهره ان الخلاف مختص بالنسيئة وليس كذلك بل قد ذهب جماعة الى ثبوته في المعدود مطلقا

مطلقا استنادا الى رواية ظاهرة في الكراهة والاقوى اختصاصه بالمكيل والموزون مطلقا للاخبار الصحيحة الدالة على الحصر فيهما قوله ولا ربا في الماء لعدم اشتراط الكيل والوزن في بيعه لا فرق في ذلك بين بيعه جزافا ومكيلا وموزونا لانتفاء اعتبارهما فيه وفي حكمه التراب والحجارة والحطب ولا عبرة ببيعه موزونا في بعض البلاد قوله ويثبت في الطين الموزون كالارمني على الاشبه الاقوى اتباع العادة فيه فان استقرت على كيله او وزنه كما هو الواقع ثبت فيه الربا والا فلا وكذا القول في غيره من التراب كالطين الخراساني قوله والاعتبار بعادة الشرع فما ثبت انه مكيل او موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله بني عليه وما جهل الحال فيه رجع الى عادة البلد قد ثبت ان اربعة كانت مكيلة في عهده صلى الله عليه وآله وهي الحنطة والشعير والتمر والملح فلا يباع بعضها ببعض الا كيلا وان اختلفت في الوزن واستثنى في ه ما يتجافى منه في المكيال كالقطع الكبار من الملح فيباع وزنا لذلك وما عداها ان ثبت له في عهده صلى الله عليه وآله احد الامرين والا رجع فيه الى عادة البلد ولو عرف انه كان مقدرا في عهده صلى الله عليه وآله وجهل اعتباره باحدهما احتمل التخيير وتعيين الوزن لانه اضبط واختاره في ه وهو حسن ولا فرق بين بلده صلى الله عليه وآله وما اقر اهله عليه في غيره قوله ولو اختلفت البلدان كان لكل بلد حكم نفسه وقيل يغلب جانب التقدير ويثبت التحريم عموما ما اختاره المص هو الاقوى لان المعتبر العرف عند عدم الشرع وكما ان عرف تلك التقدير فيلزمه حكمه فعرف الاخرى الجزاف فيلزمه حكمه صرفا للخطاب الى المتعارف من الجانبين ووجه عموم التحريم صدق اسم المكيل والموزون على ذلك النوع في الجملة قوله والمراعى في المساواة وقت الابتياع فلو باع لحما نيا بمقدد متساويا جاز وكذا لو باع بسرا برطب الى قوله وقيل بالمنع نظرا الى تحقق النقصان

هذه المسئلة من افراد منصوص العلة وقد اختلف الاصحاب في تعديته الى غيره مما شاركه فيها والاخبار الصحيحة ظاهرة في التعدية وهو الاقوى قوله وفي بيع الرطب بالتمر تردد والاظهر اختصاصه بالمنع اعتمادا على اشهر الروايتين هذا هو مورد النص من منصوص العلة لما سئل النبي صلى الله عليه وآله في بيع الرطب بالتمر قال اينقص اذا جف فقالوا نعم فقال لا اذن وعن الباقر عليه السلام قال قال امير المؤمنين عليه السلام وكره ان يباع التمر بالرطب عاجلا مثل كيله من اجل ان التمر يبس فينقص من كيله وعن الصادق عليه السلام لا يصلح بيع التمر بالرطب لان الرطب رطب والتمر يابس فاذا يبس الرطب نقص فاشاروا عليهم السلام الى ان علة المنع النقصان بالجفاف فمن الاصحاب من عداه الى المنع من بيع كل رطب بيابسه كالعنب بالزبيب ومنهم من اقتصر على المنصوص وبالغ ابن ادريس فجوز الجميع والى قوله اشار المص بقوله وفي بيع الرطب بالتمر تردد حيث جعل موضع التردد حكم بتحريمه وعدم تعديته واشار المص في دليله باشهر الروايتين الى رواية سماعة قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب قال لا يصلح الا مثلا بمثل والتمر مثلا بمثل وجوابه القدح في سند الرواية والاقوى التحريم والتعدية الى كل ما فيه العلة المذكورة تحقيق المسئلة الاصول قوله اذا كانا في حكم الجنس الواحد وهما مكيل والآخر موزون كالحنطة والدقيق فبيع احدهما بالآخر وزنا جائز وفي الكيل تردد منشاء التردد من ان الكيل اصل للحنطة فيستصحب في فروعها ومن ان الوزن اضبط وانه اصل الكيل ولان من افراد هذه القاعدة ما لا يمكن فيه القول بالكيل كالحنطة بالخبز والسمسم بالشيرج واختار الفاضل اعتبار الكيل فيما هو اصله واطلق وهو حسن لكن يشكل بنحو ما ذكرناه فان اعتباره بالوزن ح احسن قوله بيع العنب بالزبيب جائز المنع اقوى وقد تقدم قوله وكذا الاخباز

تفريعات الاول الثاني

وكذا الاخباز والخلول وان جهل مقدار ما في كل واحد من الرطوبة لا بد في الجواز من اشتراكهما في اصل الرطوبة فلو كان احد الخبزين رطبا والآخر يابسا لم يصح بناء على ما سلف من القاعدة وفي قوله اشارة اليه حيث اثبت لكل واحد رطوبة جهل مقدارها ولو علم ان رطوبة احدهما اكثر من رطوبة الآخر مع اشتراكهما في الاصل ففي الجواز نظر من صدق الاسم في المثلين ومن العلم بزيادة حقيقة احدهما على الآخر ولعل الاقرب الجواز لان الرطوبة غير مقصودة والحقيقة مطلقة عليها وكذا لو علمت الرطوبة في احدهما وانتفت من الآخر كخل الزيت وخل العنب الخالص قوله لا ربا بين الوالد وولده ويجوز لكل منهما اخذ الفضل من صاحبه ولا بين المولى ومملوكه ولا بين الرجل وزوجته هذا هو المشهور بين الاصحاب بل الاجماع فان المرتضى رحمه الله وان خالف فيه في بعض كتبه وحكم بثبوت الربا بينهم حملا للخبر المنفي على النهي كقوله تعالى لا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج وعملا بعموم القرآن الوارد بتحريم الربا الا انه رجع عنه محتجا بوجود الاجماع على خلافه ونبه بقوله ويجوز لكل واحد منهما اخذ الفضل على خلاف ابن الجنيد حيث نفى الربا بين الوالد وولده بشرط ان يأخذ الوالد الفضل وان لا يكون للولد وارث ولا عليه دين واطلاق النص حجة عليه والحكم مختص بالولد النسبي بالنسبة الى الاب فلا يتعدى الحكم الى الام ولا الى الجد مع ولد الولد ولا الى ولد الرضاع على اشكال فيهما اقتصارا بالرخصة على مورد اليقين ووجه العدم اطلاق اسم الولد عليهما ومن ثم حرمت امرأته على الاب والجد من آية حلائل الابناء ولا فرق في الزوجة بين الدائم والمنقطع على الظاهر لاطلاق النص خلافا للتذكرة حيث خصها بالدائم معللا بان التعويض في مال الرجل انما ثبت في العقد الدائم للزوجة ان تأخذ من مال الرجل وفي معارضته مثل ذلك للنص منع ظاهر والحكم بنفي الربا بين السيد ومملوكه اما على العدم

تتمة فيها مسائل الاولى لا ربا

صحة البيع بناء على انه لا يملك فيصدق عدم الربا واما بناء على انه يملك وكان الاولى بالقائل بعدم ملكه ترك ذكره لكن لما ورد النص تعرضوا له ويشترط مع القول بملكه ان لا يكون مشتركا فلو كان كذلك ثبت بينه وبين كل من الشركاء والمدبر وام الولد في حكم القن اما المكاتب فلا على الظاهر مع احتماله قوله ولا بين المسلم واهل الحرب هذا اذا اخذ المسلم الفضل والاحرم ولا فرق بين الحربي المعاهد وغيره ولا بين كونه في دار الحرب والاسلام واطلق جماعة نفي الربا هنا من غير فرق بين اخذ المسلم الزيادة والحربي والتفصيل اقوى قوله ويثبت بين المسلم والذمي على الاشهر هذا هو المشهور لعموم الادلة وذهب السيد المرتضى وابنا بابويه وجماعة الى عدم ثبوته للرواية المخصصة له كما خصصت غيره ممن سبق والاول اولى فان قلنا بعدم ثبوته لزم تقييده بما مر من اخذ المسلم الزيادة قوله لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه كلحم الغنم بالشاة ويجوز بغير جنسه هذا هو المشهور بين الاصحاب وخالف فيه ابن ادريس فحكم بالجواز لان الحيوان غير مقدر باحد الامرين وهو قوي مع كونه حيا والا فالمنع اقوى والظاهر انه موضع النزاع قوله يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بدجاجة خالية وبيع شاة في ضرعها لبن الوجه في ذلك ان الدجاجة والشاة ليستا مقدرتين بالوزن حال حياتهما وما في بطنهما غير مقدر ايضا ما دام كذلك كالثمرة على الشجرة ولانه تابع ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منع منه محتجا بان له قسطا من الثمن وهو ممنوع قوله او بلبن وان كان من لبن جنسها لا فرق بين كون الثمن زائدا عما فيها من اللبن وناقصا لما تقدم من التعليل وان كان الفرض بعيدا او مثله بيع نخلة فيها تمر بتمر مثله قوله القسمة تمييز احد الحقين وليست بيعا فتصح فيما فيه الربا ولو اخذ احدهما الفضل هذا موضع وفاق ونبه به على خلاف الشافعي في احد قوليه حيث جعلها بيعا يثبت فيها الربا كالبيع

تتمة الثانية لا يجوز الثالث يجوز الرابع القسمة

قوله يجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك وفي احدهما عقد التبن الى قوله لانه مما جرت به العادة اشار بذلك الى اشتراط قلته بحيث تجري العادة بتبعيته فلو زاد عن ذلك لم يجز ومثله الدردي في الخل والدبس والثفل في البزر ونحو ذلك قوله يجوز بيع درهم ودينار بدينارين ودرهمين هذا الحكم موضع وفاق بين اصحابنا وخالف فيه الشافعي محتجا بحصول التفاوت عند المقابل على بعض الوجوه كما لو بيع مد ودرهم بمدين والدرهم ثمن لمد ونصف بحسب القيمة الحاضرة وجوابه ان الزيادة ح مقتضى التقسيط لا بالبيع فانه انما وقع على المجموع بالمجموع ويشكل الحكم لو احتيج الى التقسيط شرعا كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض او ظهر مستحقا مطلقا وكان في مقابله ما يوجب الزيادة المفضية الى الربا فانه ح يحتمل بطلان البيع من راس للزوم التفاوت في الجنس الواحد كما لو باع مدا ودرهما بمدين او درهمين مثلا فان الدرهم التالف اذا كان نصف المبيع بان كانت قيمة المد درهما يبطل المبيع في نصف الثمن فيبقى النصف الآخر وحيث كان منزلا على الاشاعة كان النصف في كل من الجنسين فيكون نصف المدين ونصف الدرهمين في مقابل المد فيلزم الزيادة الموجبة للبطلان في مقابل التالف خاصة والصحة في مقابل الباقي لان كلا من الجنسين في المبيع قوبل به مخالفه في الثمن فاذا بطل احد الجزئين بطل فيما قوبل به لان صحة البيع منزلة على ذلك فكذا ابطلانه والمرجح لذلك نص الاصحاب على ان كل جنس في مقابل ما يخالفه ويحتمل الصحة فيما بقي من الثمن وما قابله كائنا ما كان فيقسط الثمن على التالف من المبيع والباقي في المثال السابق يصح البيع في نصف المبيع بنصف الثمن ولا ينظر الى الزيادة لانها انما صارت بسبب التقسيط وليس التقسيط بيعا وفي حال البيع لم تكن زيادة ويشكل بانه وان لم يكن بيعا فهي معاوضة وقد تقدم ان الربا يعم كل معاوضة ويندفع بانه لا معاوضة الا بالبيع السابق وقد كان في وقته جامعا للشرائط فيستصحب حكم

الخامسة يجوز الى السادسة يجوز بيع درهم [illegible]

الصحة وربما نزل بعضهم التقسيط على وجه لا يلزم منه الربا كما اذا كانت قيمة المد مثلاً درهمين فان الثمن يكون اثلاثاً من الفضة والتمر وكذلك المثمن فيكون ثلث الدرهم بازاء ثلث درهم وثلثا المد التمر بازاء ثلثي مد تمر ويبقى ثلث مد تمر بازاء درهم وثلثين وثلثا درهم بازاء مد وثلث تمر فاذا تلف المد او الدرهم سقط ما ذكر بازائه ووجه التقسيط على هذا الوجه ان اجزاء المبيع لما قوبلت باجزاء الثمن على طريق الشيوع لم يجب ان يقع التقسيط على وجه يلزم معه المحذور صيانة للعقد عن الفساد ما امكن السبيل اليه ويشكل بان مقتضى التقسيط مقابلة كل من الجنسين بمقابله على النسبة فالعدول عنه بمجرد العناية تحكم والذي يوافق اصول الاصحاب هو الاحتمال الاول فانه هو المصحح لاصل البيع والا كان مقتضى المقابلة لزوم الربا من رأس قوله وقد يتخلص من الربا بان يبيع احد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيرها ولا يقدح في ذلك كون هذه الامور غير مقصودة بالذات والعقود تابعة للقصود لان قصد التخلص من الربا انما يتم مع القصد الى بيع صحيح او قرض او غيرهما من الانواع المذكورة وذلك كاف في القصد اذ لا يشترط في القصد الى عقد قصد جميع الغايات المترتبة عليه بل يكفي قصد غاية صحيحة من غاياته فان من اراد شراء دار مثلاً ليواجرها ويكتسب بها فان ذلك كاف في الصحة وان كان لشراء الدار غايات اخر اقوى من هذه واظهر في نظر العقلاء وكذا القول في غير ذلك من افراد العقود وقد ورد في الاخبار كثيرة ما يدل على جواز الحيلة على نحو ذلك قوله الصرف وهو بيع الاثمان بالاثمان ه الصرف لغة الصوت وشرعاً بيع الاثمان وهي الذهب والفضة بالاثمان انما سمي بذلك لما يشتمل عليه من الصوت عند تقليبها في البيع والشراء وانما سمي الجنسان ثمناً لانهما يقعان عوضاً عن الاشياء ويقترنان بباء العوض غالباً بل نقل العلامة قطب الدين الرازي عن الفاضل انهما ثمن وان اقترنت الباء بغيرها حتى لو باعه ديناراً بحيوان

ثبت للبائع الخيار مدعياً على ذلك الاتفاق قوله ويشترط في صحة بيعها زائداً على الربويات التقابض في المجلس فلو افترقا قبله بطل على الاشهر ه زيادة احكامها على الربويات باعتبار مجموع افراد بيع الربويات لا جميع افراده فان من جملتها بيع الذهب بالفضة وهذا لا يتعلق به ربا بل حكم الصرف خاصة والحاصل ان بين حكم الربا والصرف عموماً وخصوصاً من وجه يجتمعان في بيع احد النقدين بجنسه ويختص الربا بغير الاثمان ويختص الصرف ببيع احد الاثمان بالآخر والمراد بالمجلس محل الاجتماع وان تعدد كما مر تعدده في خيار المجلس حتى لو فارقا مجلس العقد مصطحبين لم يبطل ولو قال التقابض قبل التفرق كان اولى ونبه بالاشهر على خلاف الصدوق ابن بابويه حيث لم يعتبر المجلس استناداً الى روايات ضعيفة والاصحاب كلهم على خلافه فربما كان الشرط اجماعياً واعلم انه على تقدير الحكم بالبطلان مع التفرق هل يجب تحصيل هذا الشرط بحيث يأثمان لو اخلا به اختياراً ليس في شرطيته ما يدل عليه بل غاية الحكم بالبطلان مع الاخلال به وفي ه قطع بوجوب الوفاء به والتأثيم بتركه اختياراً وجعله بمنزلة الربا حتى اوجب عليهما التفاسخ قبل التفرق لو تعذر عليهما التقابض وجعل تفرقهما قبله بمنزلة الربوي نسيئة فان بطلانه لا يغني عن الاثم به وهو ظاهر عبارة س حيث حكم بوجوب التقابض قبل التفرق وان كان الوجوب في هذا الباب قد يعبر به عن الشرط مجازاً وهو في الاخبار ما ينبه على التحريم لكن لم يتعرض له الاكثر قوله ولو قبض البعض صح فيما قبض حسب ه ويتخير كل واحد منهما في فسخ الباقي وامضائه لتبعيض الصفقة ان لم يكن حصل منهما تفريط في تأخير القبض والا فلا ولو اختص احدهما بعدم التفريط اختص بالخيار قوله ولو وكل احدهما في القبض عنه فقبض الوكيل قبل تفرقهما صح ولو قبض بعد التفرق بطل ه الضابط في ذلك ان حصول التقابض قبل تفرق المتعاقدين فمتى كان الوكيل في القبض غير المتعاقدين اعتبر قبضه قبل تفرق المتعاقدين ولا اعتبار

بتفرق الوكيلين ومتى كان المتعاقدان وكيلين اعتبر تقابضهما في المجلس او تقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين قوله ولو اشترى منه دراهم ثم ابتاع بها دنانير قبل قبض الدراهم لم يصح الثاني ولو افترقا بطل العقدان ه انما بطل الثاني لان ملك العوض في الصرف موقوف على التقابض ولم يحصل فيكون قد باع ثانياً ما لم يصر ملكاً له ويجيء على القول بالمنع من بيع ما يكال او يوزن قبل قبضه وجه آخر لعدم الصحة هنا وبذلك يظهر بطلان العقدين لو افترقا قبله هذا قول الاكثر وفصل ابن ادريس هنا فقال ان كان النقد المبتاع اولاً معيناً صح العقد الثاني اذا تقابضا في المجلس وان كان في الذمة بطل الثاني لانه بيع دين بدين وينبغي القول بالصحة مطلقاً اذا تقابضا قبل التفرق وغاية ما يحصل في البيع الثاني ان يكون فضولياً فاذا لحقه القبض صح وسيأتي ان بيع الدين بالدين على هذا الوجه غير ممتنع قوله ولو كان له عليه دراهم فاشترى بها دنانير صح وان لم يتقابضا وكذا لو كان له دنانير فاشترى بها دراهم لان النقدين من واحد ه هذا التقرير مصحح بهذه المسئلة لان ما في الذمة بمنزلة المقبوض وهو وارد في المسئلة السابقة ايضاً الا ان هذه انفصلت عن تلك بان ما في الذمة اولاً كان ثابتاً مستقراً بخلاف السابقة فان الدراهم المشتراة اولاً لم يستقر في الذمة بسبب توقفه على القبض فلم يكن حصول النقدين من واحد كافياً واعلم ان المص فرض المسئلة فيمن اشترى بما له عليه الدراهم فبقي موضع الاشكال فيها اشتراط التقابض او الاكتفاء بالعقد وجماعة من الاصحاب فرضوها تبعاً للرواية فيمن قال لمن في ذمته الدراهم حولها الى دنانير وحكموا بالتحول وان لم يتقابضا ومن ان مجرد هذا الامر لا يقتضي التحول وربما بنوا حكمهم على مقدمات يلزم من صحتها صحة الحكم ا ان الامر بالتحويل توكيل في تولي طرفي العقد فان التوكيل لا ينحصر في لفظ ب انه يصح تولي طرفي العقد من الواحد ج انه يصح

ايضاً توليه طرفي القبض د ان ما في الذمة مقبوض ه ان بيع ما في الذمة للغير من الدين الحال بثمن في ذمته ليس بيع دين بدين و ان الوكيل في البيع اذا توقفت صحته على القبض يكون وكيلاً فيه والا فان مطلق التوكيل في البيع لا يقتضي التوكيل في القبض فاذا سلمت هذه المقدمات صحت المسئلة قوله وان كان في الفضة غش مجهول لم تبع الا بالذهب او بجنس غير الفضة وكذا الذهب ه هذا مبني على الغالب من ان المغشوش لا يباع بوزنه خالصاً لان البيع مبني على المماكسة والمغالبة فلا يدفع المشتري بوزن المغشوش صافياً والا فلو فرض وقوع ذلك صح بيعه بجنسه ايضاً بل متى علم زيادة الخالص عن مجانسه المغشوش صح وان لم يبلغ قدر المجموع من النقد والغش قوله ولو علم جاز بيعه بمثل جنسه مع زيادة تقابل الغش ه وكذا لو جهل كما بيناه بان جهل قدره ولكن علم انه لا يزيد عن النصف فيجوز بيعه بزيادة يسيرة على النصف من جنسه ويصرف الزائد الى مقابلة الغش ومعنى قوله تقابل ان تكون الزيادة على النقد تصلح عوضاً في مقابلة الغش بحيث يتمول وان لم تقابله قيمة قوله ولا يباع تراب معدن الفضة بالفضة احتياطاً ويباع بالذهب ه اي للاحتياط في التحرز عن الربا اذ بيع بجنسه لجواز زيادة احدهما على الآخر اذ الغرض كون النقد مجهولاً ولو بيع التراب هنا بمساويه نقداً لم يصح كما في المغشوش لان التراب لا قيمة له فيبقى الزائد في الثمن بغير عوض وكما يجوز بيعه بالنقد الآخر يجوز بغيرهما بطريق اولى لانه ابعد عن الربا ولو كان عليه ان يذكره ايضاً قوله ولو جمعا في صفقة جاز بيعهما بالذهب والفضة معاً ه الظاهر من المعية كون الذهب والفضة مجعولين معاً ثمناً واحداً وجواز بيعهما بهما واضح على اصولنا لانصراف كل واحد الى ما يخالفه وكذا يجوز بيعهما باحدهما مع زيادة الثمن على مجانسه بحيث يقابل تراب معدن الآخر ولو بيعا بغيرهما صح ايضاً بطريق اولى قوله ويجوز بيع جوهر

الرصاص والصفر بالذهب والفضة وان كان فيه يسير فضة او ذهب اى قوله وان كان فيه لف ونشر مرتب اى وان كان فى جوهر الرصاص يسير فضة وفى جوهر الصفر يسير ذهب ولا يشترط العلم بزيادة الثمن عن ذلك اليسير لانه مضمحل وتابع غير مقصود بالبيع فاشبه الحلية على سقوف الجدران ولحسنة عبد الرحمن بن الحجاج عن ص عليه السلام وما ذكرناه من التعليل اجود من تعليل المص بان الغالب غيرهما فان مجرد الاغلبية غير كاف فى جواز البيع بذلك النقد كيف اتفق حتى لو كان الخليط عشرا لايمكن تميزه لم يجز بيعه بجنسه الا مع زيادة الثمن عليه بحيث يقابل الآخر كما مر وكانه اراد الغلبة المستولية على النقد بحيث اضمحل معه مجاذا كما تجوز فى قولهم فى باب الاحداث النوم الغالب على الحاستين والرصاص بفتح اوله والصفر بضمه قوله ويجوز اخراج الدراهم المغشوشة مع جهالة الغش اذا كانت معلومة الصرف بين الناس وان كانت مجهولة الصرف لم يجز انفاقها الا بعد ابانة حالها ه المراد بكونها معلومة الصرف كونها متداولة بين الناس مع علمهم بحالها ... بكونها مجهولة الصرف بحيث لو علموا بحالها ما قبلوها وجب على مخرجها ابانة حالها بان يقول انها مغشوشة وان لم يبين قدر غشها ولو اخرجها من دون الاعلام على الجاهل بحالها جاز له ردها اذا علم ولو لم يردها بقى فى ذمة المخرج لها قدر التفاوت بينها وبين النقد المطلوب ولا يخفى ان المراد هنا الغش المعتبر دون ما يستهلك لقلته نبه عليه فى س قوله الدراهم والدنانير يتعينان ه هذا موضع وفاق بين اصحابنا واكثر من خالفنا لعموم الامر بالايفاء بالعقود فاذا اشتملت على التعيين لم يتم الوفاء بها الا بالجميع مشخصاتها ولان المقتضى لتعيين العروض هو العقد وهو حاصل فى الثمن فيتعين كالعرض فعلى هذا يجب دفع العين ولا يجوز ابدالها ولو تلفت قبل القبض انفسخ البيع ولم يكن له دفع عوضها وان ساواه مطلقا ولا

مسائل عشر الاولى

وللبائع طلبه وان وجد البائع بها عيبا لم يستبدلها بل اما ان يرضى بها او يفسخ العقد ونبه بذلك على خلاف ابى حنيفة حيث ذهب الى انها لا يتعين بالعقد بل بالقبض واثبت نقيض هذه الاحكام قوله اذا اشترى دراهم بمثلها معينة فوجد ما صار اليه من غير جنس الدراهم كان البيع باطلا ه الثمن والمثمن اما ان يكونا معينين او مطلقين او مختلفين فالاقسام اربعة ثم اما ان يظهر العيب فيهما او فى احدهما بحيث يكون جميعه معيبا او بعضه ثم اما ان يكون العيب من الجنس او من غيره ثم اما ان يكون الظهور قبل التفرق او بعده فالصور ست وتسعون صورة وهذه المسئلة قد اشتملت على حكم المعين منها وهى ثمان واربعون والتى بعدها اشتملت على حكم غير المعين ومنها يعلم حكم ما لو تفرقا فيه وكل هذه الاحكام متفرعة على تعينها بالتعيين قوله فوجد ما صار اليه من جنس غير الدراهم كان البيع باطلا ه كما لو ظهرت الدراهم رصاصا او نحاسا ووجه بطلان البيع ظاهر لان ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء فيقع العقد باطلا لتخلف القصد عما وقع عليه العقد ولا فرق فى ذلك بين الصرف وغيره كما اشار اليه المص بقوله وكذا لو باعه ثوبا كتانا فبان صوفا ومثله ما لو باعه بغلة فظهر فرسا ونحو ذلك فيجب هنا رد الثمن وليس له الابدال لوقوع العقد على عين شخصية فلا يتناول غيرها ولا الارش لعدم وقوع الصحيح والمعيب على هذه العين قوله ولو كان البعض من غير الجنس بطل فيه حسب وله رد الكل لتبعض الصفقة واخذ الجيد بحصته من الثمن ه هذا الحكم واضح بنحو ما قلناه سابقا وحيث يأخذ المشترى الجيد بحصته من الثمن يتخير البائع ايضا مع جهله بالعيب لتبعض الصفقة كما يتخير المشترى وانما فرض خيار التبعض للمشترى بناء على الظاهر من ان المشترى يجهل بالعيب دون البائع لثبوته فى ملكه واطلاعه على احواله فلو فرض خلاف ذلك بان اشتراه وكيله بسرعة من غير تأمل او كانت العيب مما يخفى على مثله ثبت له الخيار كما ان المشترى لو اطلع

عليه فلا خيار له قوله ولو كان الجنس واحدا وبه عيب كخشونة الجوهر او اضطراب السكة كان له رد الجميع او امساكه وليس له رد المعيب وحده ولا ابداله لان العقد لم يتناوله ه اذا كان العيب من الجنس كما مثله المص ومنه ظهور السكة مخالفة لسكة السلطان حيث يكون هو الغالب فى المعاملة والمقصود بها ونحو ذلك فان كان العيب شاملا للجميع تخير المشترى بين رده اجمع وامساكه وليس له رد البعض لتبعيض الصفقة على صاحبه ولا الابدال للتعيين فان كان مختصا بالبعض تخير ايضا بين رد الجميع وامساكه وهل له رد المعيب وحده قيل لا لافضائه الى تبعيض الصفقة على الآخر فمنع منها كما لو كان باجمعه معيبا فان كل جزء منه موجب للخيار وبه قطع المص وجماعة وقيل له الاقتصار على رد المعيب لانتقال الصحيح بالبيع وثبوت الخيار فى الباقى لعارض العيب لا يوجب فسخ البيع فيه ورجحه فى ة واما الارش فهو منفى فى جميع هذه الصور لانها مفروضة فى بيع الفضة بالفضة وهما متجانسان متساويان فى القدر فلو اخذ ارش المعيب لزم زيادة قدر المعيب عن الصحيح ولا يكره عيبه الجنسى لما عرفت من ان جيد الجوهر ورديه جنس واحد نعم لو كانا مختلفين كالدراهم بالدنانير جاز له اختيار الارش ايضا ما داما فى المجلس فان فارقاه لم يجز ان يأخذ من الاثمان لئلا يصير صرفا بعد التفرق ويجوز من غيرها قوله اذا اشترى دراهم فى الذمة بمثلها ووجد ما صار اليه غير فضة قبل التفرق كان له المطالبة بالبدل وان كان بعد التفرق بطل الصرف ه انما كان له البدل هنا لان العوض فى الذمة وهو امر كلى والمدفوع لما لم يكن من الجنس امتنع كونه احد العوضين فيطالب بحقه لانتفاء المانع حيث لم يحصل التفرق قبل القبض ووجه البطلان مع التفرق شرط صحة الصرف وهو التقابض قبله قوله ولو كان البعض بطل فيه وصح فى الباقى اى

الثالثة اذا

اى ظهر كون البعض من غير الجنس وكان تبينه بعد التفرق فانه يبطل فيه لما مر ولو كان قبله طالب بالبدل وهو غير داخل فى العبارة ولو قال وان كان البعض اختص الحكم لكان اشمل واخصر قوله وان لم يخرج بالعيب من الجنسية كان مخيرا بين الرد والامساك بالثمن من غير ارش وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعا وفيما بعد التفرق تردد ه اما التخيير فللعيب واما عدم الارش فلاستلزامه الربا وحيث كان ما فى الذمة امرا كليا محمولا على الصحيح كان له ابداله قبل التفرق قطعا لان المقبوض لا ينقص عن عدمه واما بعده ففيه تردد من حيث ان الابدال يقتضى عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق وان الامر الكلى الثابت فى الذمة قد وجد فى ضمن البدل الحاصل بعد التفرق ومؤدى الى فساد الصرف فلا يصح البدل ومن تحقق التقابض فى العوضين قبل التفرق لان المقبوض وان كان معيبا فقد كان محسوبا عوضا لان العيب من الجنس فلا يخرج عن حقيقة العوض المعين غايته كونه بالعيب الجنسى منوتا لبعض الاوصاف واستدراكه ممكن بالخيار ومن ثم لو رضى به استقر ملكه عليه ونماؤه له على التقديرين فاذا فسخ رجع الحق الى الذمة فتعين ح عوضا صحيحا وقد ظهر بذلك ان التفرق قبل قبض العوض الصحيح لا يقدح فى المعاوضة وكذا لا يقدح الفسخ الطارى وهذا هو الاقوى لكن هل يجب قبض البدل فى مجلس الرد بناء على ان الفسخ رفض العوض وعوض الصرف غير مقبوض فاذا لم يقبض فى صحة السابقة يتعين القبض ح ليتحقق التقابض او يسقط اعتباره من حيث صدق التقابض فى العوضين الذى هو شرط الصحة والاصل براءة الذمة من وجوب قبض آخر ولان الصرف قد حكم بصحته بالقبض السابق فيستصحب الى ان يثبت المزيل وجهان اجودهما الثانى وقد ظهر

بما قلناه وجه الترجيح **قوله** اذا اشترى دينارًا بدينار ودفعه فزاد زيادة لا يكون الا
غلطًا او تعمدًا كانت الزيادة في يد البائع امانة وكانت للمشتري في الدينار مشاعة
المراد انه اشترى دينارًا في الذمة بدينار كذلك وان كان قوله فدفعه قد يوهم
التعيين اذ لو كانا معينين لبطل الصرف من حيث اشتمال احد العوضين
على زيادة عينية وكذا لو كان الزائد معينًا والمطلق مخصوص بقدر ينقص عن
المعين بحسب نوعه والحكم بكون الزائد امانة هو اجود القولين لاصالة البراءة
من الضمان ولانه لم يقبضها بسبب مضمون من سوم ولا غصب ولا بيع
فاسد وانما قبضها باذن مالكها فيكون كالوديعة والقول الآخر انها تكون مضمونة
لانه قبضه على انه احد العوضين الذي جرى عليهما عقد المعاوضة فيكون
مضمونًا نظرًا الى مقتضى العقد ولانه اقرب الى الضمان من المقبوض
بالسوم ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وفيه ان قبضه على نية العوض
غير قادح مع ظهور عدمه ومقتضى العقد لم يدل على ضمان غير العوضين
وكونه اقرب من المقبوض بالسوم انما يجري لو سلم كون المقبوض بالسوم مضمونًا
وهو محل النزاع وعموم الخبر بحيث يشمل محل النزاع في حيز المنع فان الثابت
على الآخذ بمقتضى الخبر غير مبين فجاز كون الواجب على اليد الحفظ ونحوه
الى ان تؤدي ويرشد اليه الامانات المقبوضة باليد مع عدم الحكم بضمانها
وانما القدر المتفق عليه وجوب حفظها ونبه بقوله لا يكون الا غلطًا او
تعمدًا على التسوية بين الامرين في الامانة وهو في صورة التعمد محل
وفاق ولانه وكيل له ونائب في الحفظ ثم الامانة في الصورتين على تقديرها
مختلفة فعلى تقدير التعمد هي امانة مالكية لا يجب ردها الا مع طلب
المالك وان وجب حفظها وعلى تقدير الغلط هي شرعية وان كانت مجمعة

مدفوعة من المالك لعدم علمه بها فيكون كما لو اعاره صندوقًا فوجد فيه متاعًا
فانه يكون امانة شرعية مع استناد دفعه الى المالك نظرًا الى جهله به ويحتمل
كونها بالكلية نظرًا الى استناد دفعها اليه وتعريفها المشهور بينهم صادق على محل
النزاع لانهم جعلوا مناطها كونها مستندة الى المالك او من في حكمه وتظهر الفائدة
في وجوب ردها على الفور او اعلام المالك بها فان ذلك من احكام الامانة الشرعية
ثم على تقدير الغلط اما ان يبين الحال قبل التفرق او بعده فان كان قبله فلكل منهما
استرداد الزائد وابداله وليس للآخر الامتناع تحرزًا من الشركة وان كان بعد
التفرق فان جوزنا الابدال للمعيب من الجنس كما مر فكذلك والا ثبت الخيار لكل واحد
منهما لعيب الشركة ولو كانت الزيادة يسيرة بسبب اختلاف الموازين فهي للقابض
قوله روي جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم وهل يتعدى الحكم
الاشبه لا ٥ هذه الرواية رواها ابو الصباح الكناني عن ص ع قال سألته عن
الرجل يقول للصائغ صغ لي هذا الخاتم وابدل لك درهمًا طازجًا بدرهم غلة قال
لا بأس وقد اختلفوا في تنزيل هذه الرواية والعمل بمضمونها فالشيخ رحمه الله عمل
بها في البيع المذكور في الكتاب وعداها الى اشتراط غير صياغة الخاتم نظرًا الى تضمن
الرواية جواز الصياغة مع البيع وعدم الفرق بينها وبين غيرها من الشروط وكذلك
ابن ادريس الا انه نظر من جهة اخرى وهو ان الصياغة ليست زيادة عينية والممنوع
في الربا هي خاصة دون الحكمية والمص رحمه الله وجماعة نقلوا بلفظ روي مترددين فيها
والحق انها لا دلالة لها على مدعاهم من جواز بيع درهم مطلقًا بدرهم مع شرط الصياغة
بل انما تضمنت جعل ابدال الدرهم المذكور فيها بالدرهم شرطًا في الصياغة لا البيع بشرط
الصياغة اللهم الا ان يقال ان الابدال يرجع الى الصرف وانه لا فرق بين الزيادة
اذا جعلت شرطًا في الربوي وبين جعل الربوي شرطًا فيها مع حصولها في الحالين

واجود ما نزل عليه الرواية انها تضمنت ابدال درهم طازج بدرهم غلة مع شرط الصياغة
من جانب الغلة ومع ذلك لا تتحقق الزيادة لان الطازج على ما ذكره بعض اهل اللغة
ونقله جماعة من الفقهاء الدرهم الخالص والغلة غيره وهو المغشوش وقد يطلق الغلة على
المكسرة ولكن هنا يتم مع التفسير الاول لان الزيادة الحكمية مشروطة مع المغشوش
وهي تقابل بما زاد في الخالص عن جنسه في المغشوش وهذا الوجه لا مانع منه في البيع
وغيره وفي شرط صياغة خاتم وغيره من الصائغ والاعيان فعلى هذا ايصح الحكم ويتعدى
واما ما اطلقوه فالمنع اليه متوجه سواء شرط الصياغة وغيرها للاجماع على المنع من
الزيادة العينية ولذا الحكمية على المذهب الحق ولا دليل يعارض ذلك على ما عرفت من الرواية
قوله الاواني المصوغة من الذهب والفضة ان كان كل واحد منهما معلومًا جاز بيعه
بجنسه من غير زيادة وبغير الجنس وان زاد وان لم يعلم وامكن تخليصهما لم يبع بالذهب
ولا بالفضة وبيعت بهما او بغيرهما وان لم يمكن وكان احدهما اغلب بيعت بالاقل
وان تساويا تغليبًا بيعت بهما ٥ قد عرفت من القواعد السابقة ان المجموع من جنسين
يجوز بيعه بغير جنسهما مطلقًا وبهما معًا سواء علم قدر كل واحد من المجتمع ام لا اذا عرف
قدر الجملة وسواء امكن تخليصهما ام لا وبكل واحد منهما اذا علم زيادته من جنسه بحيث
يصلح ثمنًا للآخر وان قل سواء امكن التخليص ام لا وسواء علم قدر كل واحد ام لا وهذه
المسألة جزئي من جزئيات القاعدة وما ذكره فيها من الحكم كلام الشيخ رحمه الله وتبعه
عليه جماعة وهو محتاج الى تنقيح في جميع اقسامه كما لا يخفى ولننبه منه على امور قوله
ان كان كل واحد منهما معلومًا جاز بيعه بجنسه من غير زيادة وبغير الجنس وان زاد ان اراد
ببيعه بيع ذلك الجنس خاصة فهذا لا وجه له لان المبيع انما هو المركب منهما لا الجزء فلا معنى لافراده
بالبيع وان كان المراد به المجموع اشترط في بيعه بجنس احدهما زيادة على الثمن على جنسه ليقابل
الآخر وان اراد بيع المجموع بجنسه اي بالجنسين معًا فلا وجه لاشتراط عدم زيادته ايضًا

ايضًا لانصراف كل جنس الى مخالفه فيجوز زيادته ونقصانه ولا فرق في هذين القسمين
بين ان يعلم قدر كل واحد منهما او يجهل كما مر فلا وجه للتقييد بالعلم بهما **قوله** وان لم يعلم
وامكن تخليصهما لم يبع بالذهب ولا بالفضة وبيعت بهما او بغيرهما فيه ان بيعه بوزنه ذهبًا
او فضة جائز مطلقًا وكذا مع زيادة الثمن على قدر المركب ويمكن جوازه مع نقصانه اذا علم
زيادة الثمن على جنسه بما يتمول فمنعه من بيعه باحدهما على تقدير امكان التخليص لا وجه له
بل يجوز بيعه بهما وباحدهما وبغيرهما سواء امكن التخليص ام لا **قوله** وان لم يمكن وكان
احدهما اغلب بيعت بالاقل فيه انه يجوز بيعه بهما وبغيرهما وبالاقل والاكثر اذا علم زيادة الثمن
على جنسه كما مر والتقييد بالاقل عار عن النكتة واعتذر الشهيد رحمه الله لهم عن ذلك بان
ذكر الاقل محافظة على طلب الزيادة ولا يخفى ان الزيادة المعتبرة في الثمن على جنسه يمكن تحققها
مع الاقل والاكثر ومع ذلك فالارشاد الى الزيادة غير كاف في التخصيص الموجب لتوهم
المنع من غيره **قوله** وان تساويا تغليبًا بيعت بهما فيه انه مع تساويهما يجوز بيعه بهما و
باحدهما مع الزيادة وبغيرهما فلا وجه للتخصيص بهما ولا فرق في ذلك ايضًا بين امكان
التخليص وعدمه بل المعتبر العلم بالجملة ويمكن فرض العلم بالجملة بتساويهما مع جهالة قدر
كل واحد منهما بان يكون معهما ثالث من نحاس وغيره يوجب الجهل بقدرهما مع العلم بتساويهما
قدرًا او في قوله وان تساويا تغليبًا تجوز فان التغليب لا يكون الا مع زيادة احدهما الا
مع تساويهما **قوله** المراكب المحلاة ان علم ما فيها بيعت بجنس الحلية بشرط ان يزيد الثمن
عما فيها او بغير الجنس مطلقًا وان جهل ولم يمكن نزعها بيعت بغير جنسها مطلقًا ٥ الكلام في هذه المسألة نحو ما تقدم
فانه مع العلم بقدر الجملة تجوز بيعها بغير جنسها مطلقًا وبجنسها مع الزيادة وكذا تجوز ذلك
مع الجهل بقدرها اذا علم زيادة الثمن عن الحلية فانه يمكن تصور الزيادة وان جهل القدر
ولا فرق في ذلك بين امكان نزعها وعدمه وقوله من غير شرط للاتهاب في عقد البيع
لاستلزامه الزيادة واحد الجنسين لان الشرط زيادة حكمية كما عرفت في اشتراط صياغة

الخاتم وانما يصح مع شرط هبة الزيادة اذا وقع البيع بالثمن قبل الحلية خاصة اذا عرفت قدره كما لا يخفى ولو وهبه الزائد قبل البيع صح ايضا ووجب تجريده عن شرط بيع الباقي بمثله كما لو تأخرت الهبة **قوله** فان جهل ولم يمكن نزعها الا مع الضرر بيعت بغير جنس حليتها وان بيعت بجنس الحلية قيل يجعل معها شيء من المتاع وتباع بزيادة عما فيها تقريبا دفعا للضرر بالنزع قد عرفت مما سلف انه مع الجهل بقدرها يجوز بيعها بغير جنس حليتها مطلقا وبجنسها مع العلم بزيادة الثمن عليها فانه قد يعرض سواء جعل معها شيء ام لا ومع عدم العلم بزيادته عليها اذا ضم اليه ليصرف الثمن الى غير الحلية والضميمة اليها واما قوله قيل يجعل معها شيء فانه اشار به الى قول الشيخ رحمه الله فانه ذكر ذلك وجعل الضمير مؤنثا كما هنا وظاهره ان الضميمة تكون مع الحلية وح يظهر ضعف القول فمن ثم ذكره بصيغة قيل لان ضميمة شيء الى المركب يوجب الغرر حيث يحتاج الى مقابلة الثمن بجامع الباقي وانما المحتاج الى الضميمة الثمن والشيخ رحمه الله تبع في ذلك رواية وردت بهذه الصيغة ونسبت الى وهم الراوي وان الصواب معه واعتذر له الشهيد رحمه الله بانه اراد ان بيعها منفردة لا يجوز فيضم اليها المحلى او شيئا آخر ويضم اليها والى المحلى تكثير للثمن من الجنس وقد عرفت ان ذلك كله مستغنى عنه فان بيعها منفردة وان كانت مجهولة بالجنس يمكن العلم بزيادة الثمن عليها سواء ضممنا اليها شيئا ام لا وكان الاولى عود الضمير الى الثمن ولو تقرب من التجوز فانه المحتاج الى الضميمة اذا لم يعلم زيادته عن الحلية لكن على تقدير ارادة الثمن بتأويل الاثمان ونحوه لا يلتئم مع قوله بعد ذلك وتباع بزيادة عما فيها تقريبا لانه مع الضميمة الى الثمن والحال ان المحلى منضم الى الحلية يستغنى عن زيادة الثمن لانصراف كل من جزئي العوضين الى مخالفه **قوله** لو باع ثوبا بعشرين درهما من صرف العشرين بالدينار لم يصح لجهالته تعليل المنع بالجهالة يقتضي اثباتها وان وجد في المعاملة منها نوع صرفه ذلك وعلم به وبهذا التعميم صرح في ه حتى قال لو كان

لو كان نقد البلد صرف عشرين بدينار لم يصح ايضا لان العشر مختلف ولا يختص ذلك بنقد البلد والغالب ان تعدد فمتى كان البلد معينا لذلك الصرف او الغالب وعين نوعا بذلك صح والا فلا **قوله** لو باع بمائة درهم بدينار الا درهما لم يصح للجهالة هكذا اطلق الشيخ ويجب تقييده بجهالة نسبة الدرهم من الدينار بان جعلهما نقدين حالا او مؤجلا او من الحاضر مع عدم علمهما بالنسبة فلو علماها صح والى القيد اشار المص بقوله للجهالة وبقوله ولو قدر قيمة الدرهم من الدينار جاز لارتفاع الجهالة واراد بالتقدير العلم بالنسبة وان لم يصرح بها فانه مناط الصحة وان كان التصريح بالتقدير اولى بالصحة وفي رواية السكوني عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام في الرجل يشتري السلعة بدينار غير درهم الى اجل قال فاسد فلعل الدينار يصير بدرهم اشارة الى ان السلعة هي الجهالة ولا فرق بين استثناء الدرهم من الدينار وغيره منه وغيره من غيره فان ضابط الصحة في الجميع علم النسبة والبطلان عدمها **قوله** وكذا لو كان ذلك ثمنا لما لا ربا فيه بان باعه ثوبا بدينار غير درهم فان الحكم واحد في الصحة مع علم النسبة والبطلان لا معه وقد روى حماد عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليهما السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم وهو محمول على جهالة النسبة كما يقتضيه التعليل فلو علم بها صح **قوله** لو باع خمسة دراهم بنصف دينار قيل كان له شق دينار ولا يلزم المشتري صحيح الا ان يريد بذلك نصف المثقال عرفا القول للشيخ رحمه الله وهو حق لانه حقيقة فيه لغة الا ان يدل العرف على غيره فيحمل عليه واولى منه لو صرح بارادة الصحيح وقول المص الا ان يريد بذلك نصف المثقال عرفا اي نصفه صحيحا وان كان اللفظ اعم منه وكذا القول في نصف الدرهم وغيره من الاجزاء وحيث كان الاطلاق منزلا على الاشاعة الا مع دلالة العرف على خلافه فلو اختلف العرف في احدهما حمل الاطلاق على الشق اذ لا معارض للغة بسبب عدم انضباط العرف خلافا للتذكرة

حيث حكم بالبطلان هنا مع عدم التعيين للجهالة ولو باعه شيئا آخر بنصف دينار آخر فان حملناه على الشق تخير بين ان يعطيه شق دينار ويصير شريكا فيهما وبين ان يعطيه دينارا كاملا وان حمل على الصحيح لم يجب قبول الدينار الكامل **قوله** وتراب الصياغة تباع بالذهب والفضة معا او بعرض غيرهما ثم يتصدق به لان اربابه لا يتميزون انما وجب بيعه بهما حذرا من الربا وبيع باحدهما لجواز زيادة ما فيه من جنس الثمن او مساواته له وعلى هذا لو علم زيادة الثمن من جنسه صح بيعه باحدهما خاصة والعرض بفتح العين وسكون الراء غير الدراهم والدنانير من الامتعة والعقار فالوصف بكونه غيرهما موضح اذ العرض لا يكون الا غيرهما وقوله ثم يتصدق به معللا بان اربابه لا يتميزون محمول على ذلك فلو تميزوا بان كانوا محصورين رده اليهم ولو كان بعضهم معلوما فلا بد من محاللته ولو بالصلح لان الصدقة بمال الغير مشروطة باليأس من معرفته وعلى هذا فيجب التخلص من كل غريم يعلمه وذلك يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد فلو اخر حتى صار مجهولا اثم بالتأخير ولزمه ما ذكر من الحكم ولا يتعين بيعه قبل الصدقة كما يشعر به ظاهره بل يتخير بين الصدقة بعينه وثمنه وانما ذكر البيع لينبه على تعيين الطريق الى بيعه سواء اراد الصدقة ام لا ومصرفه مصرف الصدقات الواجبة وقيل المندوبة وان كانوا عياله لا لنفسه وان كان بالوصف مع احتماله ولو ظهر بعد الصدقة بعض المستحقين ولم يرض بالصدقة ضمن حصته مع احتمال العدم ولو دلت القرائن على اعراض مالكه عنه جاز للصائغ تملكه كغيره من الاموال المعرض عنها والاصل في ذلك رواية علي بن ميمون الصائغ عن الصادق عليه السلام ويلحق به ارباب باقي الحرف كالحداد والخياط والطحان والخباز

الفصل الثامن في بيع الثمار

قوله اما النخل فلا يجوز بيع ثمرتها قبل ظهورها عاما واحدا وفي جواز بيعها كذلك عامين فصاعدا تردد والمروي الجواز لا خلاف في المنع من بيع الثمرة قبل ظهورها عاما واحدا من غير ضميمة والمشهور المنع مع الضميمة ايضا

ايضا حيث لا تكون الضميمة هي المقصودة بالبيع لانه غرر واما بيعها اكثر من عام فالمشهور عدم جوازه ايضا بل ادعى عليه ابن ادريس الاجماع للغرر المنهي عنه ولرواية ابي الربيع عن ابي عبد الله عليه السلام قال سئل عن النخل والثمر يبتاعهما الرجل عاما واحدا قبل ان يثمر قال لا حتى يثمر وتأمن ثمرتها من الآفة فاذا اثمرت فابتعها اربعة اعوام ان شئت مع ذلك العام او اكثر من ذلك او اقل ومفهوم الشرط يدل على المنع من بيعها قبل ظهور الثمر وهو حجة عند المحققين وقريب منها رواية ابي الربيع الشامي عنه عليه السلام لكن في الرواية الاولى ضعف والثانية من الحسن واشار المص رحمه الله بقوله المروي الجواز الى صحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل فقال كان ابي يكره شراء النخل قبل ان يطلع ثمره ولكن السنتين والثلث كان يقول ان لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الاخرى وسألته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل ان يطلع فيشتري سنتين او ثلث سنين او اربعا فقال لا بأس انما يكره شراء سنة واحدة قبل ان يطلع مخافة الآفة حتى يستبين وعمل بمضمون هذه الرواية الصدوق رحمه الله ويظهر من المص الميل اليه وهو قوي ان لم يثبت الاجماع على خلافه لصحة روايته وترجيحها على ما يخالفها من الروايات مع امكان حمل روايات المنع على الكراهة جمعا والمراد بظهور الثمرة خروجها الى الوجود وان كان في طلعها وفي حديث سماعة قال سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل ان يخرج طلعها قال لا الا ان يشتري معها غيرها رطبة او بقلا وان لم يخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل تنبيه على ان المراد بالظهور ما يشمل خروجه في الطلع وفيه دليل على جواز بيعه عاما مع الضميمة الا انه مقطوع وحال سماعة مشهور والمراد بالعام هنا ثمرة العام وان وجدت في شهر واحد او اقل **قوله** ولا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاما الا ان يضم اليها ما يجوز بيعه او بشرط القطع او عامين فصاعدا

من الضميمة بيعها مع الاصل والحق العلامة بالثلثة بيعها على مالك الاصل وبيع الاصل
مع استثناء الثمرة وفى الاخير نظر اذ ليس هناك بيع ولا نقل الثمرة بوجه و
دليل الاول غير واضح والتبعية للاصل انما يجزى لو بيعا معا ونبه بقوله ما يجوز
بيعه على اشتراط كون الضميمة مما يمكن افراده بالبيع بان يكون متموّلا جامعا لباقى
شرايط البيع واعلم ان فى عبارة المص تسامحا فانه جعل متعلق المنع بيعها عاما واستثنى
منه الثلثة التى فيها بيعها عاما من فصاعدا وفساده ظاهر وكان الاولى ترك قوله
عاما ليكون المنع عاما فى غير الثلثة ومثله قوله ولو بيعت عاما من دون الشروط الثلثة
قيل لا يصح وقيل يكره وقيل تراعى السلامة والاول اظهر ه القول بالمنع للاكثر وبه روايات
معارضة بما هو اصح منها وطريق الجمع حملها على الكراهة وهو القول الثانى والقول
بمراعاة السلامة لسلار رحمه الله فى ظاهر كلامه والاوسط اوسط قوله ولو بيعت
مع اصولها جاز مطلقا ه سواء بدا صلاحها او شرط القطع او ضم اليها شيئا ام لا
وهذا فى الحقيقة راجع الى الضميمة كما مر فليس فى افراده نكتة قوله وبدو الصلاح ان
يصفر او يحمر او يبلغ مبلغا تؤمن عليها العاهة ه بدو صلاح ثمرة النخل المجوز لبيعها
على القول بالمنع من بيعها قبله على الوجه السابق احد الامرين المذكورين عملا بما دلت
عليه الروايات فان كثيرا منها دل على الاول وفى رواية ابى بصير السابقة ما يدل على الثانى
واقتصر جماعة من الاصحاب على العلامة الاولى لصحة دليلها وقيل بالثانى خاصة
وربما نزل كلام المص فى الجمع بين العلامتين على القولين لا على الجمع بينهما والاقوى
اعتبار العلامة الاولى خاصة لما ذكرناه والمرجع فى الامن من العاهة على القول بها
الى اهل الخبرة ونقل فى التذكرة عن بعض علمائنا ان حده طلوع الثريا محتجا عليه برواية
عن النبى صلى الله عليه وآله ولم يثبت النقل قوله وان ادرك بعض ثمرة البستان جاز
بيع ثمرته اجمع ولو ادركت ثمرة بستان لم يجز بيع البستان الآخر ولو ضم اليه وفيه تردد ه

اما الاولى فموضع وفاق ولان بيع ما لا يدرك جائز مع الضميمة كما مر وما ادرك ضميمة
لما لم يدرك واما الثانية فالاقوى انها كذلك لتحقق الضميمة المسوغة للبيع ويؤيده
رواية اسمعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام ووجه المنع ان لكل بستان حكم
نفسه لتعدده ورواية عمار عنه عليه السلام الدالة على اعتبار ادراك كل نوع من
الانواع المتفرقة وهو قول الشيخ وضعف مستنده واضح هذا كله على القول بالمنع من
بيع ما لم يبد صلاحه وعلى ما اخترناه لا اشكال قوله وحده ان ينعقد الحب ولا يشترط
زيادة عن ذلك على الاشبه ه عنى بالزيادة المنفية قول الشيخ فى النهاية وجماعة ان حده
مع انعقاد الحب تناثر الورد وقوله فى المبسوط انه التلون فيما يتلون وصفاء اللون
وان يموه وهو ان يموه فيه الماء الحلو فيما يبيض والحلاوة وطيب الاكل فى مثل التفاح والنضج
فى مثل البطيخ وفى ما لا يتلون ولا يتغير طعمه بل يوكل صغيرا وكبيرا كالقثاء والخيار تناهى عظم
بعضه وهذا البحث فائدته عند من منع البيع قبل بدو الصلاح وعلى ما اختاره المص من
تفسيره يتحد وقت الظهور المجوز للبيع عندنا وبدو الصلاح المجوز عند الباقين اذ ليس
بينهما واسطة وانما يظهر على القولين المنفيين وعلى تقدير اعتباره فما اختاره المص اجود
ومستند القولين اخبار لا تبلغ حد الصحة قوله وهل يجوز بيعها سنتين فصاعدا قبل ظهورها
قيل نعم والاولى المنع ه الخلاف هنا والمختار ما مر فى النخل ويظهر من فتوى المص فى الموضعين
الميل الى الجواز لانه جعله فى الاول مرويا ولم ينبه على خلافه وفى الثانى جعل الاولى المنع وهو
لا تبلغ حد المنع وقد تقدم ما يدل عليه قوله وكذا لو ضم اليها شيئا قبل انعقادها ه يمكن
كون المشبه به الحكم باولوية للفتوى والاولى اولى وكيف كان فالاجود المنع وموضعه ما لو كانت
الضميمة غير مقصودة بالبيع بحيث تابعة او هما مقصودان اما لو كانت الضميمة مقصودة والثمرة
تابعة صح كما مر قوله ويجوز بعد انعقادها لقطة ولقطات ه مقتضى اشتراط الانعقاد
كون جميع اللقطات موجودة حالة البيع والاقوى الاكتفاء بوجود الاولى وتكون الباقية بمنزلة

المنضم فلو باع الثانية خاصة او ما بعدها مما لم يوجد لم يصح للجهالة ويرجع فى تعيين اللقطة
وما يصلح للقطع الى العرف وكذا القول فى الخرطة والجزة قوله كالرطبة ه هى بفتح الراء
وسكون الطاء الفصة وهى ايضا القضب وانما يجوز بيعه اذا ظهر ورقه لانه المقصود
بالبيع فلو لم يكن موجودة كان البيع مجهولا قوله والتوث ه هو بالتائين المثناتين من فوق
قال فى الصحاح ولا تقول التوث بالثاء المثلثة والمراد بالخرط اخذ الورق وترك الاغصان
تقول خرطت الورق اخرطه وهو ان تقبض على اعلاه ثم تمر يدك عليه الى اسفله
وفى المثل دونه خرط القتاد وهو شجر له شوك لا يتيسر خرطه لذلك قوله ولو باع الاصول
بعد انعقاد الثمرة لم يدخل فى البيع اما قبله فيدخل وان كان وردا اطلاقا للشيخ
ووجب على المشترى ابقاؤها الى اوان بلوغها ه ويرجع فى ذلك الى المتعارف فى تلك
الشجر من اخذ ثمره بسرا او رطبا او تمرا او عنبا او زبيبا او دبسا وغير ذلك ولو
اضطرب العرف فالاغلب ومع التساوى يجب التعيين فان اطلق احتمل البطلان والحمل
على اقل المراتب لانه المتيقن وعلى اعلاها صيانة لمال المشترى وليس هذا الابقاء كالاجل
حتى يتطرق اليه احتمال الفساد للجهل بقدره بل هو حكم شرعى مترتب على عقد البيع وثبوته
من مقتضيات المعاوضة فيرجع فى تقديره الى العرف حيث لا مقدر له شرعا وكذا القول
لو استثنى البائع الثمرة حيث يدخل ويجوز لكل منهما التردد الى ملكه وسقيه ما لم يتضرر الآخر
فيمنع الآن فان تقابل الضرران فيرجح مصلحة المشترى لان حقه على البائع حيث قدم على البيع
المقتضى لوجوب الابقاء والسقى قوله يجوز ان يستثنى ثمرة شجرات او نخلات بعينها وان
يستثنى حصة مشاعة او ارطالا معلومة ه ذكر النخلات بعد الشجرات من باب عطف
الاخص على الاعم ولقد كان ذكر الشجرات مغنيا عنها وكذا يجوز استثناء جزء معين من الشجرة
كغذق معين منها وجواز استثناء ذلك كله موضع وفاق الا الارطال المعلومة
فقد منعه ابو الصلاح للجهل بقدر المبيع حيث لا يعرف قدره جملة والاصحاب على خلافه قوله

قوله ولو خاست الثمرة سقط من الثنيا بحسابه ه هذا فى الحصة المشاعة والارطال دون
الشجرات لامتياز المبيع عنها وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعة ظاهر واما فى
الارطال المعلومة فيعتبر الجملة بالخرص والتخمين فاذا قيل ذهب ثلث الثمرة او نصفها سقط
من الثنيا بتلك النسبة قوله وكذا لو اتلفه البائع ه اى يكون اتلافه فسخا للبيع كما لو تلف بآفة نظرا
الى صدق التلف وان الواقع منه كذلك من مال البائع بمعنى انفساخ العقد به والاقوى
تخيير المشترى بين الفسخ والزام البائع بالمثل اما الفسخ فلان المبيع مضمون على البائع قبل
القبض واما الزامه بالعوض فلانه اتلف ماله لان المبيع قد انتقل الى المشترى وان كان
مضمونا على البائع كما لو اتلفه الاجنبى تمسكا باصالة بقاء العقد واقتصارا بالانفساخ
على موضع الوفاق وهذا اذا لم يكن للبائع خيار والا كان اتلافه فيه فسخا فان كل ما يعد
اجازة من المشترى يكون فسخا من البائع قوله ولو كان بعد القبض وهو التخلية
لم يرجع على البائع بشىء على الاشبه ه نبه بالاشبه على خلاف بعض الاصحاب حيث ذهب
الى ان الثمرة على الشجرة مضمونة على البائع وان اقبضها بالتخلية نظرا الى بيعها بعد
بدو صلاحها بغير كيل ولا وزن على خلاف الاصل لان شانها بعده النقل والاعتبار
بالوزن او الكيل بالقوة القريبة من الفعل وانما اجيز بيعها كذلك للضرورة فيراعى فيها
السلامة وح فعلى الاشبه متعلق بقوله لم يرجع وربما يحمل كونه تنبيها على ما اختاره من كيفية
القبض وهو التخلية فقد تقدم فيها خلاف ومختار المص انه التخلية مطلقا كما مر والقول
الآخر انه الكيل او الوزن فيما يكال او يوزن وهذه الثمرة بعد بدو صلاحها قد صارت
صالحة للاعتبار بهما كما قلناه والخلاف فى هذه المسئلة بخصوصها غير موجود فى عبارات
المتأخرين ولا فى كتب الخلاف فلذلك اشكل المراد منه هنا وانما يكون التلف بعد التخلية
من المشترى اذا لم يكن الخيار مختصا به والا فمن البائع قوله ولو اتلفه المشترى فى يد
البائع استقر العقد وكان الاتلاف كالقبض ه اتلاف المشترى للمبيع فى يد البائع اعم

من كونه باذن البائع ... فان كان باذنه فهو قبض لا من حيث انتقال الضمان الى
المشتري وان تخلف عنه باقي الاحكام والغرض هنا انتقال الضمان وانما شبهه
الاتلاف بالقبض ولم يجعله قبضا لان الاتلاف قد يكون بمباشرة المتلف فيكون قبضا
حقيقة وقد يكون بالتسبيب فيكون في حكم القبض خاصة قوله وكذا لو اشترى جارية
فاعتقها قبل القبض اي يكون العتق قبضا ويقع صحيحا لان الملك حاصل قبله والعتق
بمنزلة الاتلاف قوله ولا يجوز بيع ثمرة بها وهي المزابنة وقيل بل هي بيع التمر في النخل بتمر
ولو كان على الارض وهو اظهر ش المزابنة مفاعلة من الزبن وهو الدفع ومنه الزبانية
لانهم يدفعون الناس الى النار سميت بذلك لانها مبنية على التخمين والغبن فيها لكثير
فكل منهما يريد دفعه عن نفسه الى الآخر فيتدافعان وتحريمها في الجملة اجماعي منصوص
عن النبي والائمة عليهم السلام وانما الخلاف في معناها واصح القولين الثاني وهي
انها بيع تمر النخل الموجود بتمر ولو من غيرها لصحيحة عبد الرحمن عن ابي عبد الله عليه السلام
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة قلت وما هو قال ان
يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة وعلل مع ذلك بانهما ربويان فيتطرق احتمال
الزيادة الى كل واحد والمساواة المحتملة نادرة وعلى تقدير اتفاقها فشرط الصحة العلم
بالتساوي وفيه منع كون الثمرة على الشجرة ربوية وان كانت من جنسه لانها ليست مكيلة
ولا موزونة وانما تباع جزافا قوله وهل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل من شجر الفواكه قيل لا
لانه لا يؤمن الربا ش ما ورد من تعريف المزابنة في الاخبار وكلام الفقهاء مما ذكر هنا وغيره
يقتضي اختصاص الحكم بالنخل ويبقى غيره على اصل الجواز وتعليل التعدي بالربا عرفت انه
غير تام لان الثمرة على الشجرة ليست ربوية نعم يمكن تعليله بالعلة المنصوصة في المنع من
بيع الرطب بالتمر وهي نقصانه عند الجفاف فانها قائمة هنا وقد تقدم ترجيح التعدية
فيثبت الحكم هنا وهو الاقوى ويمكن استفادة التعليل بالربا منها ايضا فانه جعل علة

علة المنع النقصان عند الجفاف فيؤدي الى زيادة الثمن عن المثمن المؤدي الى الربا اذ
لا يضر الاختلاف في غير الربوي ويؤيده كونه من جنس الربوي وان لم يكن الآن عنه
الا ان يبقى في اختصاص الحكم بالمكيل والموزون حتى دخل في تعريف الربوي منع الا
ان يريد به ما يعم القوة والفعل ومع ذلك ينتقض من وجه آخر قوله وكذا لا يجوز بيع السنبل
بحب منه اجماعا وهو المحاقلة وقيل بل هي بيع السنبل بحب من جنسه كيف كان
ولو كان موضوعا على الارض وهو الاظهر ش المحاقلة مفاعلة من الحقل وهي الساحة
التي تزرع سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقل واطلق اسم الحقل على الزرع مجازا من
اطلاق اسم المحل على الحال او المجاور على مجاوره فكانه باع حقلا بحقل وتحريمها في
الجملة اجماعي منصوص وقد تقدم ما يدل عليه في صحيحة عبد الرحمن وان القول الثاني
اقوى وقد اختلفت عبارات النصوص والفقهاء في اسم المبيع فيها فبعضهم عبر عنه
بالزرع ومنه الرواية السابقة ومنهم من عبر عنه بالسنبل كعبارة المص ويظهر
من كلامهم الاتفاق على ان المراد به السنبل وان عبروا بالاعم قال في التذكرة لو باع
الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا باس لانه حشيش وهو غير مطعوم ولا مكيل سواء
تساويا جنسا او اختلفا ولا يشترط التقابض في الحال ثم السنبل لا يختص بالحنطة
بل يعم الشعير والدخن والارز وغيرها ومقتضى التعريف دخولها في المحاقلة وفي التذكرة
ان الاشهر في تفسير المحاقلة انها بيع الحنطة في السنبل بحنطة اما منها او من غيرها فيختص
بالحنطة ويدخل فيه الشعير ان جعلناه من جنس الحنطة او عللنا المنع بالربا والا فلا كل
وفي بعض الفاظ علمائنا هي بيع الزرع بالحب من جنسه فيكون ذلك كله محاقلة انتهى
وفي صحيحة عبد الرحمن السابقة ما يرشد الى الاول ويبقى الكلام في الحاق الباقي
بالحنطة كما مر فان عللنا بالربا كما يظهر من المص وجماعة لحق والا فلا قوله ويجوز
بيع العرايا بخرصها تمرا والعرية هي النخلة تكون في دار الانسان وقال اهل اللغة او

في بستانه وهو حسن ش العرايا جمع عرية والعرية ما ذكره المص متفقا عليه ومنقولا عن اهل
اللغة لان اهل اللغة يرجع اليهم في مثل ذلك ولمسيس الحاجة اليها كالتي في الدار والعرية
مستثناة من المزابنة عند اهل العلم اجمع خلا ابا حنيفة وقد صح عن النبي صلى الله عليه وآله
الاذن فيها وجملة ما يشترط في بيعها امور ا الوحدة فلا يجوز في دار او بستان ازيد
من واحدة فلو كان لمالك واحد اثنتان لم يجز بيع ثمرتهما ولا ثمرة احدهما لانتفاء العرية
فيهما نعم لو تعدد البستان او الدار جاز تعددها من الواحد ب كون الثمن من غيرها لئلا
يتحد الثمن والمثمن على اصح القولين ج كونه حالا د عدم المفاضلة حين العقد واما
كونه معلوم القدر مشاهدا او موصوفا فالامر فيه كغيرها والرخصة مقصورة على
النخلة فلا يتعدى الى غيرها من الشجر اقتصارا بالرخصة على موردها وقد اشار المص الى
الشرط الاول بقوله ولا يجوز بيع ما زاد على الواحدة والى الثاني بقوله الاظهر الخ والى الثالث
بقوله ولا يشترط الخ وفي قوله ولا يجب ان يماثل الخ اشارة الى الرابع وقول المص يكون
في دار الانسان او بستانه يشمل مالك ذلك ومستأجره ومشتري الثمرة والمستعير
على الاقوى لصدق الاضافة في ذلك كله ولاشتراك الجميع في العلة وهي مشقة دخول
الغير عليهم قوله وهل يجوز بيعها بخرصها من ثمرها الاظهر لا ش وجه الجواز اطلاق الاذن
في النصوص ببيعها بخرصها تمرا وهو متناول لموضع النزاع ولوجود المقتضي وهو الرخصة
والاقوى المنع لوجوب مغايرة الثمن للمثمن وهو المعروف في المذهب قوله ولا يشترط
في بيعها بالتمر التقابض قبل التفرق بل يشترط التعجيل ش نبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله
حيث اشترط التقابض قبله تخلصا من الربا والاقوى العدم للاصل قوله ولا يجب
ان يماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمنها عملا بظاهر الخبر ش اي لا يجب مطابقة
ثمرتها جافة لثمنها بل المعتبر في الجواز بيعها بما يقتضيه ظن الخارص لها تمرا بقدره بمعنى
انها تقدر رطبا او بسرا او نحوهما كم يبلغ تمرا اذا جفت فيباع ثمرها بهذا المقدار تمرا ثم لا

ثم لا يجب مطابقة هذا التقدير للثمن عند الجفاف فلو زادت عند الجفاف عما خرصها به او نقصت
لم يكن ذلك قادحا في الصحة عملا باطلاق النص وقيل يعتبر المطابقة فلو اختلفا تعين بطلان
البيع وهو ضعيف بل لا يجب جعل ثمرتها تمرا ولا اعتباره بعد ذلك بوجه لاصالة عدم الاشتراط
هذا هو المشهور من معنى عدم وجوب المماثلة بين ثمرتها وثمنها وفي التذكرة ان المعتبر المماثلة
بين ما عليها رطبا وبين الثمن تمرا فيكون بيع رطب بتمر متساويا وجعل هذا مستثنى من
بيع الرطب بالتمر متساويا ولم نجد هذا التفسير للمص في غير الكتاب ولا لغيره صريحا وان كان
ظاهر عبارات العلامة لا ينافيه والمختار الاول قوله ولا عرية في غير النخل ش هذا موضع وفاق
وانما تظهر الفائدة لو منعنا من بيع ثمر باقي الشجر بجنسه جافا كما هو المختار واما على ما ذهب اليه
المص من الجواز فمعنى نفي العرية انه لا خصوصية لها حتى تتقيد بقيودها بل يجوز بيع
الثمرة احد الشجر ام تعدد في الدار وغيرها بجنس ثمرها متماثلا قوله لو قال بعتك هذه الصبرة
الى قوله والاشبه انه لا يصح على تقدير الجهالة وقت الابتياع ش ما اختاره المص هو الاقوى
ولا خصوصية في هذه المسألة بهذا الباب فانما محلها شرائط البيع في اول الكتاب والمخالف
في ذلك الشيخ وابن الجنيد الا ان الشيخ شرط في الصحة التطابق عند الاعتبار مع تساوي
الجنس وعدم المانع مع اختلافه بان يبذل صاحب الزيادة او يقبل صاحب النقيصة قوله يجوز
بيع الزرع قصيلا فان لم يقطعه فللبائع قطعه وله تركه والمطالبة باجرة ارضه ش اذا شرط
قطعه قصيلا وعين للقطع مدة تعين قطعه فيها وان اطلق قطع في اول اوقات
قطعه عادة فان اشتراه قبل اوان قطعه وجب الصبر اليه مجانا كما لو باع الثمرة وانما يجوز
للبائع قطعه باذن المشتري ان امكن والا رفع امره الى الحاكم فان تعذر جاز له مباشرة
القطع دفعا للضرر المنفي وله المطالبة باجرة الارض عن الزمان الذي تأخر فيه القطع
عن وقته سواء طالب بالقطع ام لا وسواء رضي ببقائه ام لا وكذا له ارش الارض
ان نقصت بسببه اذا كان التأخير بغير رضاه قوله وكذا لو اشترى نخلا بشرط القطع

وكذا غيره من الثمر ولا فرق في ذلك بين ان يكون المقطوع قيمة كالحصرم او اللوز او لا كالجوز والكمثرى ويعض انواع النخل **قوله** يجوز ان يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عما ابتاعه او نقصان قبل قبضه وبعده هذه المسئلة محل وفاق وهي منصوصة في صحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلم وفيه تنبيه على ان الثمرة ح ليست بمكيلة ولا موزونة فلا يحرم بيعها قبل القبض لو قلنا بتحريمه قبله فيما يعتبر باحدهما **قوله** اذا كان بين اثنين نخل او شجر فتقبل احدهما بحصة صاحبه بشيء معلوم كان جائزا هذه القبالة معاوضة مخصوصة مستثناة من المزابنة والمحاقلة معا والاصل فيها ما رواه يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلم قال سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه اختر اما ان تاخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلا مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل زاد او نقص واما ان اخذه انا بذلك وارد عليك قال لا بأس بذلك وروي ان النبي صلى الله عليه وآله قبل اهل خيبر نخلهم وخيرهم كذلك وظاهر الاصحاب ان الصيغة تكون بلفظ القبالة وان لها حكما خاصا زائدا على البيع والصلح لكون الثمن والمثمن واحدا وعدم ثبوت الربا لو زاد او نقص ووقوعه بلفظ التقبيل وهو خارج عن صيغتي العقدين وفي الدروس انه نوع من الصلح ولا دليل عليه كما لا دليل على ايقاعه بلفظ التقبيل او اختصاصه وانما المعلوم من الرواية انه معاملة على الثمرة وانه لازم بحيث يملك المتقبل الزايد ويلزمه لو نقص ويلزم ذلك ان يكون مضمونا في يده ولعموم على اليد ما اخذت ولانه لم يدفعه مجانا بل بعوض ولو قلنا بان المقبوض بالسوم مضمون فهنا اولى وفي الدروس ان اقراره مشروط بالسلامة حتى لو هلكت الثمرة باجمعها فلا شيء على المتقبل ودليله غير واضح وربما وجه بان العوض اذا كان من المعوض ورضي به المتقبل فقد رضي بكون حقه في العين لا في الذمة فاذا تلفت بغير تفريط احتاج ثبوت بدله في الذمة

في الذمة الى دليل وفيه نظر نعم لو كان النقص بغير آفة بل لنقصان الخرص فلا انقصان كما انه مع الزيادة يملك الزائد ولو كان العوض غير مشروط منها وتردد في التذكرة في سقوط شيء من المال لو تلفت الثمرة بآفة سماوية وكذلك تردد في لزوم العقد وفي لزوم الناقص له على تقديره وفي جواز العقد بلفظ البيع وموجب هذا الاشتباه ان النصوص الدالة على اصل القبالة لا تعرض لها الى هذه الاحكام وانما دلولها اصل الجواز واثبات هذه الاحكام بمجرد الاحتمال لا يخلو من مجازفة واورد ابن ادريس على اصل الحكم بان هذا التقبيل ان كان بيعا لم يصح لكونه مزابنة وان كان صلحا لم يصح كون العوض مشروطا من نفس الثمرة للغرر وان كان في الذمة فهو لازم سواء بقيت الثمرة ام تلفت واجيب بالتزام كونه صلحا والغرر محتمل للنص وحينئذ فاذا تلف منه شيء يلزم تلف بعض العوض المشروط فاذا لم يتحقق ضمانه لم يجب العوض واجيب ايضا بالتزام انه ليس بصلح ولا بيع بل هو معاملة خاصة ورد بها النص فلا يسمع ما يرد على طرفي الاحتمال لخروجها عنهما والمص رحمه الله اقتصر في هذا الكتاب على اصل الجواز وفي النافع على الصحة نظرا الى ان النص لا يستفاد منه ازيد من ذلك وهذا هو الاولى **قوله** اذا مر الانسان بشيء من النخل او شجر الفواكه او الزرع اتفاقا جاز ان ياكل من غير افساد ولا يجوز ان ياخذ منه شيئا الاصل في هذه المسئلة ما رواه ابن ابي عمير في الصحيح عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلم قال سألته عن الرجل يمر بالنخل والسنبل والثمرة ايجوز له ان ياكل منها من غير اذن صاحبها من ضرورة او من غير ضرورة قال لا بأس وروى محمد بن مروان قال قلت لابي عبد الله عليه السلم امر بالثمرة فاكل منها قال كل ولا تحمل قلت جعلت فداك ان التجار قد اشتروها ونقدوا اموالهم قال اشتروا ما ليس لهم وبذلك عمل اكثر الاصحاب ونقل في الخلاف فيه الاجماع ولكن قد ورد ما يخالف ذلك وهو صحيحة الحسن بن يقطين

قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والبطيخ وغير ذلك من الثمر يحل له ان يتناول منه شيئا وياكل بغير اذن صاحبه وكيف حاله ان نهاه صاحب الثمرة او امره القيم وكم الحد الذي يسعه ان يتناول منه قال لا يحل له ان ياخذ شيئا وبه اخذ جماعة من المتاخرين والمرتضى في المسائل الصيداوية لاعتضادها بالقرآن الكريم المتضمن للنهي عن اكل المال بغير تراض ولقبح التصرف في مال الغير ولاشتمالها على الحظر وهو مقدم على ما تضمن الاباحة عند التعارض لان رفع الضرر اولى من جلب النفع وحمل العلامة الاخبار السابقة وما شاكلها على ما اذا علم بشاهد الحال الاباحة وهو بعيد والشيخ رحمه الله حمل خبر النهي على الكراهة او على النهي عن الحمل جمعا بين الاخبار وهو جمع حسن والمص رحمه الله قطع بالجواز من غير نقل خلاف لندور المخالف قبل زمانه حتى ان ابن ادريس مع اطراحه الاخبار الآحاد رأسا حكم بالاباحة اما استنادا الى الاجماع او الى تواتر الاخبار نظرا الى طريقته في الاستدلال وقد شرط المص للجواز ثلثة شروط احدها كون المرور اتفاقا فلو قصدها ابتداء لم يبح اقتصارا في الرخصة المخالفة للاصل على موضع اليقين ودلالة ظواهر النصوص على ذلك والمراد بالمرور بها ان يكون الطريق قريبة منها بحيث لا يستلزم قصدها البعد الخارج عن المعتاد بحيث يصدق عرفا انه قد مر بها لا ان يكون طريقه على نفس الشجرة او ملاصقه لحائط البستان وثانيها ان لا يفسد والمراد ان ياكل منها شيئا كثيرا بحيث يؤثر فيها اثرا بينا ويصدق معه الافساد عرفا ويختلف ذلك بحسب كثرة الثمرة وقلتها وكثرة المارة وقلتهم او يهدم حائطا او يكسر غصنا يتوقف الاكل عليه الا ان وقع ذلك خطاء فانه لا يحرم الاكل وان ضمنه مع احتماله ومستند هذا الشرط رواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلم لا بأس

لا بأس ان يمر على الثمرة وياكل منها ولا يفسد وثالثها ان لا يحمل معه شيئا بل ياكل في موضعه وقد دل على هذا الشرط خبر محمد بن مروان السابق صريحا وصحيحة ابن يقطين حملا وزاد بعضهم رابعا وهو عدم الكراهة وخامسا وهو عدم ظنها وهو حسن وان كانت الاخبار مطلقة بل فيها ما يشعر بعدم اعتبارهما وسادسا وهو كون الثمرة على الشجر فلو كانت محرزة ولو كانت في الجرين حرم ولا بأس به

الفصل التاسع في بيع الحيوان

قوله يجوز استرقاق المحارب الخ المراد بالمحارب الكافر الاصلي من غير فرق المسلمين الذي لم يلتزم شرايط الذمة واطلق عليه وصف الحرب بسبب خروجه عن طاعة الله تعالى ورسوله وثبوته على الكفر وان لم يقع منه الحرب بمعنى القتال والى هذا المعنى اشار تعالى بقوله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية **قوله** ويملك اللقيط من دار الحرب الخ اذا لم يكن فيها مسلم يمكن انتسابه اليه ولو كان اسيرا والا حكم بحريته لاطلاق الحكم بحرية اللقيط في النصوص خرج منه ما علم انتفاؤه عن المسلم فيبقى الباقي **قوله** ولو بلغ فاقر بالرق قيل لا يقبل وقيل يقبل وهو اشبه الخ اي اقر من حكم بحريته ظاهرا لكونه ملتقطا من دار الاسلام مطلقا او من دار الكفر اذا امكن انتسابه الى المسلم ففي قبول اقراره قولان احدهما العدم لسبق الحكم بحريته شرعا فلا يتعقبها الرق والآخر وهو القبول لامكانه ولقوله صلى الله عليه وآله اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولا يخفى ان ذلك في غير معروف النسب والا لم يقبل قطعا وكذا القول في كل من اقر على نفسه بالرقية مع بلوغه وجهل نسبه سواء كان مسلما ام كافرا وسواء كان المقر له مسلما ام كافرا وان بيع عليه قهرا وهل يعتبر مع ذلك رشده يظهر من المص عدمه لعدم اشتراطه واختلف كلام غيره فمنهم من اشترطه ومنهم من لم يشترطه من غير تعرض لعدمه وفي التذكرة من هذا الباب اشترطه وفي باب اللقطة اكتفى بالبلوغ والعقل ووجه اشتراطه واضح لان غير الرشيد لا يعتبر قوله في المال وهو نفسه مال ووجه العدم ان اقراره بالرقية ليس اقرارا بنفس المال وان ترتب عليه كما يسمع اقراره

بما يوجب القصاص وان امكن رجوعه الى المال بوجه وشكل فيما لو كان بيده مال
فان اقراره على نفسه بالرقية يقتضي كون المال للمقر له الا ان يقال ثبوته تبعا لثبوت
الرقية لا لانه اقرار بالمال والاقوى اعتبار الرشد قوله ويصح ان يملك الرجل كل
احد عدا احد عشر الخ ه اي ملكا مستقرا والا فملك من استثناه صحيح ايضا غايته
ان يعتق عليه بالشراء فلا يستقر ملكه عليه قوله وهل يملك هولاء من الرضاع قيل
نعم وقيل لا وهو اشبه ه اي ملكا مستقرا كما مر والقول بالعدم هو الاقوى
لصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام معللا فيها بقوله صلى الله عليه وآله
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وبقوله صلى الله عليه وآله الرضاع
لحمة كلحمة النسب قوله وفي الرضاع تردد والمنع اشبه ه الخلاف فيه
والفتوى كما سبق قوله واذا ملك احد الزوجين صاحبه استقر الملك ولم تستقر
الزوجية ه هذا موضع وفاق ولمنافاة الملك العقد لان المالك ان كان هو الزوجة
حرم عليها وطي مملوكها وان كان الزوج استباحها بالملك ولان التفصيل
يقطع الشركة وعلل مع ذلك بان بقاؤه يستلزم اجتماع علتين على معلول
شخصي وهو ضعيف لان علل الشرع معرفات وبان اختلاف الاسباب
يقتضي اختلاف المسببات ويندفع بجواز ذلك في اسباب الشرع وبعدم
تماميتها في جانب الزوجية وملك البعض كملك الكل للمنافاة واستحالة
تبعض وقطع الشركة بالتفصيل قوله ولو اسلم الكافر في ملك مثله اجبر على
بيعه من مسلم ولمولاه ثمنه ه لانتفاء السبيل للكافر على المسلم وفي حكم اسلام العبد
اسلام احد ابويه صغيرا او احد اجداده على الاقوى لثبوت حكم الاسلام
له فينتفي سبيل الكافر عليه قوله ولا يلتفت الى رجوعه ه لاشتماله على تكذيب اقراره
ورفع ما ثبت عليه حتى لو اقام بينة لم تسمع لانه باقراره اولا قد كذبها كذا قطع

قطع في التذكرة ويشكل ذلك فيما لو اظهر لانكاره تاويلا محتملا كان قال اني تولدت
بعد اعتاق احد الابوين وما كنت اعلم بذلك حين اقررت فانه ينبغي القبول
وسياتي له نظائر واولى بالقبول لو اقر بالرقية لمعين فانكر المقر وسياتي
مثله في الاقرار كما اذا اقر لاحد بمال فانكر المقر له فادعاه المقر حين انكاره وعلى
هذا فينبغي سماع بينته بطريق اولى قوله وكذا لو اشترى عبدا فادعى الحرية
لكن هذا يقبل دعواه مع البينة ه اي اشترى عبدا ثابت العبودية بان وجده
باع في الاسواق فان ظاهر اليد والتصرف يقتضي الملك ولصحيحة حمران عن الصادق ع
وشمول الجارية بل هي مورد النص فكان التعميم اولى اما لو وجده في يده وادعى رقيته
ولم يعلم شراه ولا بيعه فان كان كبيرا وصدقه فكذلك وان كذبه لم يقبل دعواه الا
بالبينة عملا باصالة الحرية فان سكت او كان صغيرا فوجهان واستقرب في التذكرة
العمل باصالة الحرية وفي التحرير بظاهر اليد وهو اجود قوله اذا احدث في الحيوان عيب بعد
العقد وقبل القبض كان المشتري بالخيار بين رده وامساكه وفي الارش تردد ه قد تقدمت
هذه المسئلة في مطلق البيع وتقدم ان الاقوى ثبوت الارش قوله وهل يلزم البائع
ارشه فيه تردد والظاهر له ه قد تقدم الكلام في هذه المسئلة ايضا وان الاجود ثبوت
الارش قوله ولو حدث العيب بعد الثلثة منع الرد بالعيب السابق ولا يمنع الارش قوله
واذا باع الحامل فالولد للبائع على الاظهر الا ان يشترطه المشتري ه هذا هو المشهور وعليه الفتوى
وخالف فيه الشيخ رحمه الله وتبعه جماعة محتجا بانه جزء من الحامل فيدخل ولا يصح استثناؤه
كما سياتي حتى حكم بفساد البيع لو استثناه البائع كما لو استثنى جزءا معينا وحيث
يشترطه المشتري يدخل وان كان مجهولا لانه تابع للمعلوم ولا فرق ح بين ان يقول
البائع بعتكها وحملها او شرطت لك حملها ونحوه ولو لم يكن الحمل معلوما واراد ادخاله
فالعبارة الثانية لا غير وان لم يشترطه وكان متحقق الوجود عند البيع فهو للبائع وان

احد الامرين بان ولدته في وقت يحتمل كونه عند البيع كان موجودا او عدمه فهو للمشتري
لاصالة عدم وجوده سابقا فلو اختلفا في وقت البيع لذلك قدم قول البائع مع
اليمين وعدم البينة وليس بيض البائض كالحمل بل هي للمشتري مطلقا لانه تابع
كسائر اجزائه قوله وطريق ذلك ان تقوم الامة حاملا او حائلا ويرجع بنسبة التفاوت
بل يقوم حاملا ومجهضا لانه المطابق للواقع بخلاف الحائل ويتحقق التفاوت بينهما
اذ الاجهاض في الامة عيب ربما انقص القيمة قوله ولو باع واستثنى الرأس والجلد
صح ويكون شريكا بقدر قيمة ثنياه على رواية السكوني ه لم يفرق بين المذبوح وما يراد ذبحه
وغيره وهو احد الاقوال في المسئلة لاطلاق الرواية الا ان المستند ضعيف
والجهالة متحققة والشركة المشاعة غير مقصودة فالقول بالبطلان متجه الا ان يكون
مذبوحا او يراد ذبحه فيقوى صحة الشرط وكذا القول فيما لو اشترك فيه جماعة وشرط
احدهم ذلك قوله ولو قال اشتر حيوانا بشركتي صح ويثبت المبيع لهما الى قوله ولو اذن
احدهما لصاحبه ان ينقد عنه صح ه لا شبهة في صحة الانعقاد انما الكلام في رجوعه عليه
والحق انه يرجع عليه بمجرد الاذن فيه وان كان ذلك اعم منه لدلالة القرائن عليه وعدم
حصول ما يقتضي التبرع وكانه اكتفى بما ياتي من الحكم بالرجوع بعد التلف وحصل الاذن
صريحا كقوله ادفع عني الثمن ونحوه بان يوكله في شرائه من مكان بعيد لا يسلم فيه
البائع بدون قبض الثمن عادة ونحو ذلك قوله ولو قال له الربح لنا ولا خسران عليك
فيه تردد والمروي الجواز ه وجه التردد من الرواية الدالة على الجواز وعموم المؤمنون
عند شروطهم ومن كونه مخالفا لمقتضى الشركة بل مقتضى المذهب وان الربح و
الخسران تابعان لرأس المال وهو الاقوى والرواية مع كونها واردة في بيع
خاص يمكن تاويلها بما يوافق الاصل قوله ويجوز النظر الى وجه المملوكة ومحاسنها
اذا اراد شراءها ه المراد بمحاسنها مواضع الحسن والزينة كالكفين والرجلين والشعر

والشعر ولا يشترط في ذلك اذن المولى ولا يجوز الزيادة على ذلك الا باذنه فيكون تحليلا
مع منه ما دل عليه اللفظ حتى العورة وكذا يجوز لمس ما يجوز النظر اليه مع الحاجة
وجوز في التذكرة النظر الى ما عدا العورة بدون الاذن للمشتري قوله ويستحب لمن
اشترى مملوكا ان يغير اسمه وان يطعمه شيئا من الحلاوة وان يتصدق عنه بشيء ه
للنص في ذلك كله وقدرت الصدقة فيه باربعة دراهم قوله ويكره وطي من ولدت من
الزنا بالملك والعقد على الاظهر ه هذا هو الاجود حملا للنهي على الكراهة وعلل بان
ولد الزنا لا يفلح وبالعار وحرمه ابن ادريس بناء على ان ولد الزنا كافر وان وطي
الكافر محرم والمقدمتان ممنوعتان قوله وان يرى المملوك ثمنه في الميزان ه علل
في النص بانه اذا رآه لا يفلح وظاهر النص ان الكراهة معلقة على رؤيته فلا يكره
في غيره وربما قيل بانه جرى على المتعارف من وضع الثمن فيه فلو رآه في غيره كره ايضا
قوله العبد لا يملك وقيل يملك فاضل الضريبة وهو المروي وارش الجناية على قول
لو قيل يملك مطلقا لكنه محجور عليه بالرق حتى ياذن المولى كان حسنا ه القول بالملك في
الجملة للاكثر ومستنده الاخبار وذهب جماعة الى عدم ملكه مطلقا واستدلوا عليه
بادلة كلها مدخولة والمسئلة موضع اشكال ولعل القول بعدم الملك مطلقا متوجه
ويمكن حمل الاخبار على اباحة تصرفه فيما ذكر لا بمعنى ملك رقبة المال فيكون وجها
للجمع قوله من اشترى عبدا له مال كان ماله لمولاه الا ان يشترطه المشتري وقيل
ان لم يعلم به البائع فهو له وان علم فهو للمشتري والاول اشهر ه ما اختاره المص واضح
بناء على انه لا يملك شيئا فاذا باعه لم يدخل ماله الا مع الشرط لان الجميع مال المولى
في الحقيقة وانما نسب اليه بسبب الملابسة ويؤيده ايضا صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما
عليهما السلم المال للبائع انما باع نفسه الا ان يكون شرط عليه ان ما كان له من
مال او متاع فهو له والقول بالتفصيل بالعلم وعدمه لابن البراج محتجا عليه بحسنة

زرارة ... عليه السلام وبه يضعف بان الملك لا ينتقل الى المشتري بمجرد العلم
من دون ... عليه ويمكن حمل الرواية على اشتراط البايع للمشتري ذلك
وبقي في المسئلة امور أ ان هذه المسئلة ذكرها من قال بملك العبد ومن احاله و
نسبة المال الى العبد على الاول واضح وعلى الثاني يراد به ما سلطه عليه المولى واباحه له
ونسبه اليه من كسوة وفراش وغيرهما فان الاضافة تصدق بادنى ملابسة ب
ان الخلاف في دخول المال المذكور على القول بانه لا يملك تجر فرضه لانه ملك للبايع
فيمكن دخوله في البيع ونقله واذا حكم بكونه له يكون استصحابا للملك السابق اما
اذا قلنا بملكية العبد فيشكل الحكم بكونه للبايع بمجرد البيع او للمشتري فان ملك مالك
لا ينتقل عنه الا برضاه والحال ان العبد لا مدخل له في هذا النقل وقد ذكر هذه
المسئلة من ملكه ومن احاله ولا يندفع الاشكال الا اذا قلنا بان المراد بملكية العبد
تسلطه على الانتفاع بما قيل بملكه له لا بملك الرقبة كما نقله في الدروس عن بعض
القائلين بالملك فيكون الملك على هذا الوجه غير مناف لملك البايع لرقبته على وجه
يتوجه به نقله الى المشتري او بقاؤه على ملكه ج ان المص رحمه الله حكم هنا بان العبد يملك
وان كان محجورا عليه ثم حكم بان ماله اذا بيع لمولاه والحكم فيه اقوى اشكالا لان مقتضى
الملك على هذا الوجه ملك الرقبة بطريق الحقيقة وان حجر عليه في الانتفاع به فلا يناسب
ما نقله في الدروس ولا يتم الحكم بكون ماله للبايع او للمشتري بمجرد بيعه اللهم الا ان يحمل
على ظاهر النص الدال على هذا الحكم فيدرج بانه دال على ملك العبد لئلا يناقض الحكم
المتفق عليه من عدم ملكية شخص مال غيره الا برضاه والمناسب للقول بملكه لرقبة المال
ان يتبع العبد اين كان ولا يكون للبايع ولا للمشتري والاقوى تفريعا على القول
بانه لا يملك ان ماله المنسوب اليه للبايع مطلقا الا ان يشترطه للمشتري فيكون له بشرط
علمهما بقدره او كونه تابعا وسلامته من الربا بان يكون الثمن مخالفا لجنس الربوي او

او زاد الثمن عليه مع قبض مقابل الربوي في المجلس قوله ولو قال للمشتري اشترني ولك علي كذا
لم يلزمه وان اشتراه وقيل ان كان له مال حين قال له لزم والا فلا ه وهو المروي
ما اختاره المص هو الاقوى بناء على انه لا يملك وعلى القول بملكه فهو محجور عليه فيتوقف
جعالته على اجازة المولى والقول المذكور للشيخ رحمه الله واستند الى رواية الفضيل
عن الصادق عليه السلام ومدلولها انه جعل ذلك لمولاه لسعيه ولا دلالة فيها على ما
ادعاه الشيخ رحمه الله للفرق بين الاجنبي والمولى فان حكم الاجنبي ما ذكرناه واما المولى
فان قلنا ان العبد لا يملك فما لمولاه والاجرة زائل برضا المولى فيمكن العمل بالرواية
من دون القول ولا يلزم ما رده ابن ادريس من ان الرواية لا يجوز العمل بها وان
الشيخ ذكرها ايرادا لا اعتقادا قوله اذا ابتاع عبدا وماله الخ هذا اذا قلنا انه لا يملك او
قلنا به بمعنى جواز تصرفه خاصة اما لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط في الثمن ما ذكر لان
ماله وح ليس جزءا من المبيع فلا يقابل بالثمن قوله يجب ان يستبرئ الامة قبل بيعها
ان كان وطأها المالك ه الاستبراء استفعال من البراءة والمراد هنا طلب براءة
الرحم من الحمل فانه اذا صبر عليها هذه المدة تبين حملها او خلوها منه لئلا يختلط الانساب
وهذا هو الحكمة في وجوب الاستبراء ومن ثم انتفى الحكم عمن ياتي لانتفاء الحكمة وفي حكم
البيع غيره من الوجوه الناقلة للملك وكذا القول في الشراء فيجب بكل ملك زائل وحادث
خلافا لابن ادريس حيث خصه بالبيع ولو لم يستبرئ الناقل اثم وصح البيع وغيره من
العقود وان اثم لرجوع النهي الى امر خارج ويتعين ح تسليمها الى المشتري ومن في
حكمه اذا طلبها لانها قد صارت ملكا وحقا له مع احتمال بقاء وجوب الاستبراء قبله
ولو بالوضع على يد عدل لوجوبه قبل البيع فيستصحب واما ابقاؤها عند البايع فلا
قطعا لانها صارت اجنبية منه قوله وكذا المشتري اذا جهل حالها ه انما يجب على
البايع ومن في حكمه الاستبراء اذا كان قد وطئها سواء عزل ام لا واما المشتري ومن

في حكمه فانه يجب عليه الاستبراء اذا علم بوطي السابق او جهل الحال فلو علم الانتفاء لم يجب
لانتفاء الفائدة وللنص عليه وانما خص المص الحكم بجهله الحال لدخول القسم الآخر فيه
بطريق اولى ولو قال وان جهل حالها ليشمل القسمين بابلغ نظم لافادة الحكم
في المسكوت عنه بذلك والمعتبر من الاستبراء ترك الوطي في القبل والدبر دون
باقي الاستمتاع لصحيحة محمد بن بزيع خلافا للمبسوط حيث حرم الجميع ولو وطئ في
زمن الاستبراء اثم وعزر مع العلم بالتحريم ويلحق به الولد لانه فراش وهل يسقط
الاستبراء ح نظر من انتفاء فائدته وحكمته حيث قد اختلط الماءان ولحق به الولد
الذي يمكن تجدده ومن اطلاق الامر بالاجتناب في المدة وهي باقية قوله
ويسقط استبراؤها اذا اخبر الثقة انه استبراها ه انما عبر بالثقة لوروده في النصوص
المذكورة في هذا الباب وهي واردة في اخبار البايع انه لم يطاها او في حكمه اخباره
انه استبراها وهو الذي فرضه المص والظاهر ان المراد بالثقة العدل لانه الثقة
شرعا وبه صرح في النافع مع احتمال الاكتفاء بمن تسكن النفس اليه ويثق بخبره و
في صحيحة ابي بصير ان امنته فمسها واوجب ابن ادريس استبراءها وان اخبر
الثقة بها وتبعه الامام فخر الدين في الشرح قوله وكذا لو كانت لامراة ه هذا هو
المشهور بين الاصحاب وخالف فيه ابن ادريس كما مر وتبعه فخر المحققين ومحجتنا
مع الشهرة الاخبار المتظافرة وهل يلحق بها امة العنين والمجبوب والصغير
الذي لا يمكن في حقه الوطي نظر من المشاركة فيما ظن انه علة الحكم وهو الامن
من الوطي ومن انه قياس والمناسب للاصول الشرعية عدم الالحاق وليس من
مواضع الاشكال ما لو باعتها المراة لرجل في المجلس فباعها ح بل لا يجب الاستبراء
هنا قطعا للعلم بعدم وطي البايع وقد يحتال لسقوط الاستبراء ببيعها لامراة ثم
شراؤها منها لا لغرض اجلها في امة المراة نظرا الى اطلاق النص من غير تعليل وكذا لو

وكذا لو باعها لرجل ثم اشتراها منه قبل ضه وطئه لها حيث يجوز ذلك قوله نعم لا يجوز وطي
الحامل قبلا قبل ان يمضي لحملها اربعة اشهر وعشرة ايام ويكره بعدها ه وقد
اختلف كلام الاصحاب في تحريم وطي الامة الحامل او كراهته بسبب اختلاف
الاخبار في ذلك فان في بعضها اطلاق النهي عن وطئها وفي بعضها حتى تضع
ولدها وفي بعضها اذا جاز حملها اربعة اشهر وعشرة ايام فلا باس بنكاحها فمن
الاصحاب من جمع بينها بحمل النهي المغيا بالوضع على الحامل من حل او شبهة او مجهولا
والمغيا بالاربعة اشهر وعشرة على الحامل من زنا ومنهم من الحق المجهول بالزنا في هذه
الغاية ومنهم من اسقط اعتبار الزنا وجعل التحريم بالغايتين لغيره والمص رحمه الله
اطلق الحكم بالتحريم قبل الاربعة والعشرة والكراهة بعدها وهو اوضح وجوه الجمع
اما الاطلاق بحيث يشمل الجميع فلاطلاق النص الشامل لها واما الحكم بالتحريم قبل
المدة المذكورة فلاتفاق الاخبار اجمع عليه والاصل في النهي التحريم واما بعدها
فقد تعارضت الاخبار فيجب الجمع بينها وحمل النهي ح على الكراهة لتصريح بعضها
بنفي الباس طريق واضح في ذلك ونظائره فالقول به اقوى نعم يبقى في الحمل من الزنا
ان المعهود من الشارع الغاء اعتباره من الجهة والاستبراء في غير محل النزاع
فلو قيل بالجواز فيه مطلقا كان حسنا وتخصيص المص الوطي بالقبل هو الظاهر
من النصوص فان النهي فيها معلق على الفرج والظاهر منه ارادة القبل وفي
رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام له منها ما دون الفرج وربما قيل بالحاق
الدبر به بدعوى صدق اسم الفرج عليهما وبان في بعض الاخبار لا يقربها حتى
تضع الشامل للدبر وغيرهما خارج بدليل آخر وهو اولى قوله ولو لم يعزل
كره له بيع ولدها واستحب له ان يعزل له من ميراثه قسطا ه كذا ورد في الاخبار
وفيها بتغذية الولد بنطفة الواطي وانه شارك في اتمام الولد وليس في الاخبار

[illegible] في رواية اسحق بن عمار عن الكاظم عليه السلام انه يعتقه ويجعل له شيئا يعيش به لانه غذاه بنطفته **قوله** التفرقة بين الاطفال وامهاتهم قبل استغنائهم عنهن محرمة وقيل مكروه وهو الاظهر **ه** القول بالمنع اجود لتظافر الاخبار بالنهي عنه فمنها قول النبي صلى الله عليه وآله في حديث سبي اليمن لما سمع بكاء الامة بيعوهما جميعا او امسكوهما جميعا ثم بعث بثمن ابنتها فاتي بها والامر للوجوب المقتضي للنهي عن التفريق وروى ابو ايوب عن النبي صلى الله عليه وآله من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته وفي صحيحة ابن سنان عن الص عليه السلام في الرجل يشتري الجارية او الغلام وله اخ او اخت او اب او ام بمصر من الامصار فقال لا يخرجه من مصر الى مصر آخر ان كان صغيرا او لا تشتره وان كانت له ام فطابت نفسها ونفسه فاشتره ان شئت وهذه هي العمدة في ذلك وغيرها شاهد ومقتضى اطلاق الحكم بالتفريق في كلام المص عدم الفرق بين رضاهما وعدمه وفي خبر ابن سنان ما يدل على اختصاص النهي بعدم رضاهما وهو اجود والظاهر عدم الفرق بين البيع وغيره وان كان في بعض الاخبار ذكر البيع لايمائها الى العلة الموجودة في غيره فيتعدى الى كل ناقل للعين حتى القسمة والاجارة الموجبة للفرقة وحيث كانت علة المنع الفرقة فلو لم يستلزمها العقد كما لو باع احدهما وشرط استخدامه مدة المنع او على من لا يحصل منه التفريق بينهما لم يحرم مع احتماله في الثاني اذا لم يكن الاجتماع لازما له شرعا وحيث حكم بالتحريم فهل يقع البيع ونحوه صحيحا نظرا الى ان النهي في غير العبادة لا يقتضي الفساد ولرجوعه الى وصف خارج عن ذات المبيع كالبيع وقت النداء ام باطلا التفاتا الى الاحاديث الدالة على الرد من غير اعتبار رضى المتبايعين ولان تحريم التفريق اخرجهما عن صلاحية المعاوضة قولان اجودهما الثاني وهل يختص نهي التفريق

التفريق بالولد مع الام ام يعم غيرها من الارحام المشارك لها في الاستيناس والشفقة استقرب في التذكرة الاول وصحيحة ابن سنان دالة على الثاني وهو اجود وموضع الخلاف بعد سقي الام اللبأ اما قبله فلا يجوز قطعا لما فيه من التسبب الى اهلاك الولد فانه لا يعيش بدونه صرح به جماعة ولا يتعدى الحكم الى البهيمة اقتصارا بالمنع على موضع النص فيجوز التفرقة بينها وبين ولدها بعد استغنائه عن اللبن وقبله ان كان مما يقع عليه الذكاة او كان له ما يمونه من غير لبن امه **قوله** والاستغناء يحصل ببلوغ سبع وقيل يكفي استغناؤه عن الرضاع والاول اظهر **ه** هذا الخلاف لم نقف له على مستند بخصوصه ولا ادعاه احد من الاصحاب وانما نقلوا الخلاف هنا مقتصرين عليه وذكر جماعة من المتأخرين انه مترتب على الخلاف في الحضانة الآتي في باب النكاح وهو الظاهر وقد اختلفت الروايات ثم في تقدير المدة ففي بعضها سبع مطلقا وفي بعضها مدة الرضاع وبكل منهما قائل وجمع جماعة بين الروايات بحمل السبع على الانثى والحولين على الذكر لمناسبة الحكم في احتياج الانثى الى تربية الام زيادة على الذكر ولانه اولى من اطراح بعضها اذا عمل ببعض وهذا هو الاجود وحيث كان ذلك حكم الحرة فليكن في الامة كذلك لان حقها لا يزيد على الحرة ولان ذلك هو الحق المقرر للام في كون الولد معها في نظر الشارع **قوله** من اولد جارية ثم ظهر انها مستحقة انتزعها المالك وعلى الواطئ عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف العشر ان كانت ثيبا وقيل يجب مهر امثالها والاول مروي **ه** المراد انه اولدها جاهلا بكونها مستحقة كما ينبه عليه قوله ثم ظهر انها مستحقة والقول بوجوب العشر او نصفه هو الاقوى والمشهور ولو كان عالما بالاستحقاق فالولد رق للمالك والواطئ زان فيلزمه العقر ولا يرجع به ولا بغيره مما يغترمه **قوله** وهل يرجع بما اغترمه من مهر واجرة الخ الاقوى رجوعه بالجميع وقد تقدم

قوله [illegible] بغير اذن الامام يجوز تملكه في حال الغيبة ووطي الامة ويستوي في ذلك ما يسبيه المسلم وغيره وان كان فيها حق للامام او كانت للامام الترديد بين القسمين على الفرق بين المأخوذ فانه ان كان سرقة وغيلة ونحوهما مما لا قتال فيه فهو لآخذه وعليه الخمس وان كان بقتال فهو باجمعه للامام لرواية البزنطي وعلى التقديرين يباح تملكه حال الغيبة ولا يجب اخراج حصة الموجودين من الهاشميين منه لاباحة الائمة عليهم السلام ذلك لشيعتهم لتطيب مواليدهم وكذا يجوز شراؤه من السابي والآخذ وان كان مخالفا ويمكن ان يكون الترديد بسبب الخلاف في ان المغنوم بغير اذن الامام هل هو له عليه السلام كما هو المشهور ووردت به الرواية ام لآخذه وعليه الخمس نظرا الى كون الرواية مقطوعة كما ذكره المص في النافع متوقفا في الحكم بسبب ذلك الا ان المعروف من المذهب هو العمل بمضمونها لا نعلم فيه مخالفا وح فلا يضر القطع فيكون التقسيم الاول وبه صرح في الدروس وتبعه عليه جماعة من المتأخرين **قوله** اذا دفع الى مأذون مالا ليشتري به نسمة ويعتقها ويحج عنه بالباقي فاشترى اباه ودفع اليه بقية المال فحج به فاختلف مولاه وورثة الآمر وموالي الاب فكل يقول اشترى بمالي قيل يرد الى مواليه رقا ثم يحكم به لمن اقام البينة على رواية ابن اشيم وهو ضعيف وقيل يرد الى مولى المأذون ما لم تكن هناك بينة وهو اشبه **ه** هذه المسئلة بعين ما حكاه المص اولا رواها علي بن اشيم عن الباقر عليه السلام وفيها ان الحجة مضت بما فيها وعمل بمضمونها الشيخ رحمه الله وردها المتأخرون لضعف ابن اشيم فانه غال ولمخالفتها للاصول المذهب من حيث الحكم برد العبد الى مواليه مع اعترافه ببيعه ودعواه فساد البيع ومدعي الصحة وهو الآخران مقدم وحكمه بمضي الحجة مع ان ظاهر الامر حجه بنفسه

بنفسه وقد استناب فيها ومجامعة صحة الحج لعوده رقا لكونه حج بغير اذن سيده واعتذر العلامة للاول بحملها على انكار مولى الاب البيع لافساده ويرده منافاته لمنطوقها الدال على كونه اشتري بماله فلا يسمع ونزلها في الدروس على ان المأذون بيده مال لمولاه وغيره وبتصادم الدعاوي المتكافئة يرجع الى اصالة بقاء الملك على مالكه ولا تعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين فيتساقطان قال وهذا واضح لا غبار عليه وفيه نظر واضح بل الغبار عليه لائح لمنع تكافؤ الدعاوي اولا على تقدير تسليم كون بيده مال للجميع لان من عدا مولاه خارج والداخل مقدم فيسقط مولى الاب وورثة الآمر فلم يتم الرجوع الى اصل بقاء الملك على مالكه وبذلك يظهر فساد دعوى كون دعوى الصحة مشتركة بين متقابلين متكافئين فان الخارجة لا تكافئ الداخلة فاذا قدمت لم يبق لرد الدعوى المشتملة على فساد البيع مانع اذ لم يقدح بوجهها الا بسبب تساقط تلك الدعويين ولم يتم ثم لو سلم كون بيد المأذون اموال لغير مولاه فان اقراره بها لغيره غير مقبول مع تكذيب المولى وان كان مأذونا لان المأذون انما يقبل اقراره بما يتعلق بالتجارة لا مطلقا كما سيأتي وح فلا بد من اطراح الرواية لهذه المنافيات لقبولها والرجوع الى اصل المذهب والذي يناسبه اطراح دعوى مولى الاب لاشتمالها على الفساد ويبقى المعارضة بين مولى العبد وورثة الآمر لاشتراكهما في دعوى الصحة فيقدم قول المولى لانه ذو اليد وقال المص في النافع الذي يناسب الاصل امضاء ما فعله المأذون وفيه ما مر الا ان يقال ان العبد المأذون يصير كالوكيل يقبل اقراره على ما في يده ويمضي تصرفه كالوكيل وليس ببعيد مع تناول الاذن لذلك كما هو المفروض ومختار المص هنا اقوى هذا كله مع عدم البينة ومعها

ان كانت لواحد حكم بها وان كانت لاثنين او للجميع فان قدمنا بينة الداخل
عند التعارض فكالاول وان قدمنا الخارج اولم يكن للداخل بينة ففى تقديم
بينة ورثة الآمر نظرا الى الصحة او بينة مولى الاب لانه خارج بالاضافة الى
ورثة الآمر لادعائه ماينافى الاصل وجهان اجودهما الاول لانهما خارجان
بالنسبة الى مولى المأذون ومدعيان ويبقى مع ورثة الآمر مرجح الصحة **قوله**
اذا اشترى عبدا فى الذمة ودفع البائع اليه عبدين وقال اختر احدهما فابق
واحد قيل يرتجع نصف الثمن فان وجده اختار والا كان الموجود لهما
وهو بناء على انحصار حقه فيهما ولو قيل التالف مضمون بقيمته وله
المطالبة بالعبد الثابت فى الذمة كان حسنا ه هذا الحكم ذكره الشيخ رحمه الله
وتبعه عليه بعض الاصحاب ومستنده رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلم
وفى طريقها ضعف يمنع العمل بها مع مافيها من مخالفة الاصول الشرعية من
انحصار الحق الكلى قبل تعيينه فى فردين وثبوت المبيع فى نصف الموجود المقتضى
للشركة مع عدم الموجب لها ثم الرجوع الى التخيير لو وجد الابق ونزلها الاصحاب
على تساويهما قيمة ومطابقتهما للمبيع الكلى وصفا وانحصار حقه فيهما حيث
دفعهما اليه وعينهما للتخيير كما لو حصر الحق فى واحد وعدم ضمان الابق
اما بناء على عدم ضمان المقبوض بالسوم او تنزيل هذا التخيير منزلة الخيار
الذى لايضمن التالف فى وقته ويشكل الحكم بانحصار الحق فيهما على هذه
التقادير ايضا لان المبيع امر كلى لايتشخص الا بتشخيص البائع ودفعه
الاثنين ليتخير احدهما ليس تشخيصا وان حصر الامر فيهما لاصالة بقاء
الحق فى الذمة الى ان يثبت المزيل ولم يثبت شرعا كون ذلك كافيا كما لو
حصره فى عشرة فصاعدا او نزلها فى المخ على تساوى العبدين من كل وجه

وجه للحق بمتساوى الاجزاء حتى استوجه جواز بيع عبد منهما كما يجوز بيع قفيز
من الصبرة ونزل على الاشاعة فيكون التالف منهما والباقى لهما ويشكل
بمنع تساوى العبدين على وجه يلحقان بالمثل ومنع تنزيل بيع القفيز
من الصبرة على الاشاعة وقد تقدم ومع ذلك فاللازم عدم ارتجاع نصف
الثمن والاولى الاعراض عن الرواية لما ذكر والرجوع الى اصل المذهب
فينطرح فى العبدين ان كانا بوصف المبيع ويخير الابق رد الباقى ولا شئ له وان
اختار الباقى بنى ضمان التالى على ان المقبوض بالسوم هل هو مضمون ام لا
اذ لاخيار هنا وان كان احدهما بالوصف خاصة فله اختياره وحكم الآخر مامر
وان لم يكونا بالوصف طالب بحقه ورد الباقى وفى ضمان الذاهب مامر وعلى
هذا لافرق بين العبدين والعبيد وغيرهما من الامتعة وغيرها وعلى الرواية
لايتعدى الى غير العبيد اقتصارا فيما خالف الاصل على المنصوص لبطلان القياس
وبه قطع الشيخ رحمه الله ولو تعددت العبيد ففى انسحاب الحكم وجهان من صدق
العبدين فى الجملة والخروج عن نفس المنصوص فان قلنا به وكانوا ثلثة فابق
واحد فات ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن مع احتمال بقاء التخيير لبقاء محله
وعدم فوات شئ ولو كانا امتين او عبدا وامة ففيه الوجهان وقطع فى
الدروس بانسحاب الحكم هنا ولو هلك احد العبدين ففى انسحاب الحكم وجهان
والاولى العدم فى ذلك كله لو قلنا به لما ذكرناه **قوله** اما لو اشترى عبدا من عبدين
لم يصح العقد وفيه قول موهم ه اشار بالقول الى ماذكره الشيخ رحمه الله فى الخلاف من
الجواز اخذا من ظاهر الرواية السابقة ودلالتها على ذلك ممنوعة لما قدم
فلذلك نسبه المص الى الوهم وحمله العلامة فى المخ على تساوى العبدين من كل
وجه ونفى استبعاد بيع احدهما لا بعينه كما لو باعه من متساوى الاجزاء صاعا

التاسعة اذا آلخ

موهوم

ويشكل بامر الاقوى الخ مطلقا **قوله** اذا وطئ احد الشريكين مملوكة بينهما سقط
الحد مع الشبهة ويثبت مع انتفائها لكن يسقط منه بقدر نصيب الواطئ ه ظاهر
النصوص والفتاوى ان الواجب هنا من الحد الجلد خاصة وان كان محصنا
لان الحد الذى يقبل التبعيض ووجه فيه انه ليس زنا محضا بسبب ملكه
لبعضها ومن هنا توجه الحكم ايضا بلحوق الولد به وان كان عالما بالتحريم مع
ان الزانى العالم لايلحق به الولد ولا يخفى انه يستثنى من الحد بسبب نصيب الشريك
مالو كان فى لذا الواطئ فانه لاحد على الاب بسبب نصيبه كما لاحد عليه لو كانت
باجمعها للولد كما سياتى **قوله** ولاتقوم عليه بنفس الوطئ
على الاصح ه اوجب الشيخ تقويمها بنفس الوطئ استنادا الى ظاهر رواية عبد الله
بن سنان والاقوى مااختاره المص لان الاحبال تصيرها ام ولده فيقوم عليه معه لا
بدونه **قوله** ولو حملت قومت عليه حصص الشركاء وانعقد الولد حرا وعلى ابيه
قيمة حصصهم يوم ولد ه اذا حملت الامة المذكورة تعلق بها حكم امهات
الاولاد فتقوم عليه لان الاستيلاد بمنزلة الاتلاف لتحريم بيعها وانعتاقها
بموت سيدها فكان عليه غرامة الحصص وهل المعتبر قيمتها عند الوطئ او التقويم
او الاكثر الانسب الاخير ولا يدخل فى ملكه بمجرد الحمل بل بالتقويم ودفع القيمة
او الضمان مع رضا الشريك فكسبها قبل ذلك للجميع وكذا حق الاستخدام ولو
سقط الولد قبل التقويم استقر ملك الشركاء وانما يلزم اباه قيمة حصصهم
يوم ولد اذا لم يكن قومت عليه حاملا والا دخلت قيمته معها ونبه المص بقوله
انعقد الولد حرا على ان فكه بالقيمة ليس على حد فك الوارث الرق بل هو
محكوم بحريته من حين الانعقاد وان لم يبذل قيمته وتظهر الفائدة فيما لو اوصى
له حملا فان الوصية صحيحة ولو قيل بانعقاده رقا وتوقف تحرره على دفع قيمته او ما ...

العاشرة اذا آلخ

اوما قام مقامها لم يصح وفيما لو سقط بجناية جان فانه يلزم دية جنين حر للاب
عشر ديته وعليه للشركاء دية جنين الامة عشر قيمتها الاقدر نصيبه وتجب على
الاب مضافا الى ذلك العقر بسبب الوطئ سواء كانت بكرا ام ثيبا وهو العشر
او نصفه مضافا الى ذلك ارش البكارة مستثنى منه قدر نصيبه على اصح القولين
قوله المملوكان المأذونان لهما اذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه حكم
بعقد السابق فان اتفقا فى وقت واحد بطل العقدان وفى رواية يقرع بينهما
وفى اخرى يذرع الطريق ويحكم للاقرب والاول اظهر ه مااختاره المص هو الاقوى
ووجه تقديم السابق واضح لان عقده صدر من اهله فى محله بخلاف المتأخر
لبطلان اذنه بانتقاله عن ملك مالكه فلا يمضى عقده ثم ان كان شراء كل منهما
لنفسه وقلنا بملكه فبطلان الثانى واضح لامتناع ان يملك العبد سيده وان احلنا
الملك او كان شراؤه لسيده صح السابق وكان الثانى فضوليا لبطلان اذنه
فيقف على اجازة من اشترى له ولو كان وكيلا له وقلنا بان وكالة العبد لاتبطل
ببيع مولاه صح الثانى ايضا والا فكالمأذون والفرق بين الاذن والوكالة
ان الاذن ما جعلت تابعة للملك والوكالة ما اباحت التصرف المعين مطلقا
والمرجع فيهما الى مادل عليه كلام المولى ولو اقترن العقدان بطلا ان لم يجيزا
بل يكونان موقوفين على الاجازة لاستحالة الترجيح اذا لم يكونا وكيلين كما مر
ويتحقق الاقتران بالاتفاق فى القبول بان يكملاه معا لان به يتم السبب ويحصل
الانتقال عن الملك الموجب لبطلان اذن المتأخر بالشروع فى العقد لعدم دلالة
قصد اخراج العبد عن الملك على القصد الى منعه من التصرف باحدى الدلالات
حتى لو شرع فى العقد فحصل مانع من اتمامه بقيت الاذن وانما المزيل لها
خروجه عن ملكه عملا بالاستصحاب وتمسكا ببقاء المقتضى والرواية بالقرعة ذكرها

الحادية عشرة المملوكان

الشيخ رحمه الله فرضها في صورة تساوي المسافة واشتباه الحال وهو لا يستلزم
الاقتران وان احتمله والقول بها ح ليس بعيدا من الصواب لاشتباه
الحال في السبق والاقتران وقد روي ان القرعة لكل امر مشكل واختارها
العلامة في التذكرة والمخ مع الاشتباه كما قلناه لا مع علم الاقتران ويشكل بانه
مع احتمال الاقتران والسبق كما يحتمل السبق الخارج بالقرعة يحتمل الاقتران
المبطل للعقد وليس في القرعة ما يخرجه فان ظاهر المودي منها اخراجها على
السابق منهما وح فلا يتجه الا مع الاشتباه السابق نعم لو قيل مع اشتباه
السبق والاقتران كما هو ظاهر فرض المسألة انه يكتب رقاع في احدها الاقتران
ليحكم بالبطلان ان ظهر كان حسنا الا انهم لم ينبهوا عليه ولا هو ظاهر ما نقل
من الرواية والرواية المشتملة على ذرع الطريق ذكرها الشيخ رحمه الله عن ابي خديجة
عن الصادق عليه السلام وفيها ان ذلك مع اشتباه الحال فلو علم السابق قدم
وان كان ابعد طريقا وظاهرها ان كلا منهما اشترى الآخر لنفسه بناء على
ان العبد يملك والمختار ما قدمناه بقي في العبارة شيء وهو انه بعد حكمه
بتقديم السابق والبطلان مع الاقتران روى القرعة ومسح الطريق ثم
رجح الاول وهو يشعر بكونهما في مقابلة مختاره والحال انهما وردتا في صورة
الاشتباه والمص لم يذكر حكم هذا الفرض فلا يكونان في مقابلة حكمه بل في الثانية
تصح بتقديم السابق ولا تعرض لهما بحالة تعين الاقتران والظاهر ان المص
ذكرهما في مقابلة الاقتران تبعا للشيخ رحمه الله فانه صرح في النهاية بالقرعة
عند الاقتران محتجا بالرواية وهي لا تدل على مطلوبه لانه فرضها في كتابي
الحديث فيما اذا كانت المسافة متساوية واشتبه الحال لا فيما اذا علم الاقتران
والله اعلم **قوله** من اشترى جارية سرقت من ارض الصلح كان له ردها على

فلا يتوجه / ثلاث / رواها / تبعض / حيلها

الثانية عشر

على البائع واستعادة الثمن ولو مات اخذها وارثه ولو لم يخلف وارثا استسعت
في ثمنها وقيل يكون بمنزلة اللقطة وقيل تسلم الى الحاكم ولا تستسعى كان الاشبه
القول الاول للشيخ واتباعه ومستنده رواية مسكين السمان عن الصادق ع
والقول الثاني لابن ادريس نظرا الى رد الرواية بناء على اصله ولمخالفتها لاصول
المذهب من جهة ردها على بائعها وليس مالكا ولا وكيلا له واستسعائها في ثمنها
مع ان كسبها لمولاها والثمن لم يصل اليه فكيف يؤخذ من غير آخذه هذا مع
جهالة حال مسكين الموجب لترك العمل بروايته وان وافقت الاصول
وفي الدروس استقرب العمل بالرواية واعتذر عن الاشكالين بان ردها على
البائع تكليف له بردها الى اهلها اما لانه سارق او لانه ترتب يده عليه
وزاد في شرح الارشاد بان يده اقدم ومخاطبته بالرد الزم خصوصا مع بعد
دار الكفر وان في استسعائها جمعا بين حق المشتري وحق صاحبها والاول
فيه ان مال الحربي فيء في الحقيقة وبالصلح صار محترما احتراما عرضيا فلا يعارض
ذهاب مال محترم في الحقيقة وهذا التنزيل تقريب وتوجيه لحيث يكون
النص هو الحجة والا فلا يخفى ان مجرد ما ذكره لا يصلح للدلالة الآن تكليف البائع
بالرد لا يقتضي جواز الدفع اليه كما في كل غاصب وتقدم يده لا اثر له في هذا الحكم
ايضا والا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد على الغاصب وهو
باطل اجماعا ولان البائع ان كان سارقا لم يكن اهلا للامانة لخيانته وان
لم يكن سارقا فليس وكيلا للمالك ولا وليا له فلا يجوز الدفع اليه كما في كل مبيع
يظهر استحقاقه واما الفرق بين احترام المال للعرض والاصل فلا مدخل له
شرعا في الحكم بل لا تفاوت في نظر الشارع بينهما بل كل منهما مضمون على
المتلف مع ان المتلف للمال المحترم حقيقة ليس هو مولى الجارية بل هو البائع

النص / لان

الذي غره ان كان عالما او من غره فلا يرجع على غيره ولا تزر وازرة وزر اخرى
ولو تم ذلك لزم منه جواز اخذ ما نهب من الاموال المحترمة بالاصل من مال
المحترم بالعرض كاهل الذمة وهو واضح البطلان والوجه ما قلناه من ان
ذلك تنزيل للنص وتقريب له الى العقل لا تعليل يعلم معتمده وانما الاعتماد
على الرواية لصحة طريقها في غير مسكين وعمل الشيخ وجماعة من الاعيان
بها والاقوى وجوب التوصل الى مالكها او وكيله او وارثه كذلك ومع
التعذر يدفع الى الحاكم وهذا هو مراد المص مما اختاره اخيرا وانما ترك ذكر
المالك لتعذر الوصول اليه غالبا واما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه
مطلقا ومع تلفه ان كان المشتري جاهلا بسرقتها وكذا القول في الوارث
ولا تستسعى الجارية مطلقا وان ضاع الثمن

الفصل العاشر في السلف

قوله السلم وهو ابتياع مال مضمون الى اجل معلوم بمال حاضر او في حكمه
اراد بالحاضر المعين ثمنا المقبوض في المجلس وبما في حكم المقبوض في المجلس
مع كونه موصوفا غير معين وان كان المقبوض حاضرا عندهما لان الثمن اذا
كان موصوفا غير منحصر في المقبوض بل هو امر كلي والكلي لا حضور له لكن بتعينه
في المجلس وقبضه يصير في حكم الحاضر وينبه على ان المراد بالحاضر المعين ثمنا اقرانه
بالباء فان الحاضر عندهما اذا قبض في المجلس ولم يكن معينا في العقد ليس هو
متعلق الباء وان كان بعض افراده لان الامر الكلي مغاير لافراده وان لم يوجد
بدونها **قوله** وينعقد بلفظ اسلمت واسلفت ه السلم والسلف بمعنى اشار اليهما
المص بجعل العنوان في السلف ثم السلم ويقال اسلفت وسلفت يتعدى بالهمزة
قال في التذكرة ويجيء سلمت الا ان الفقهاء لم يستعملوه وينبغي القول بجوازه لدلالته
صريحا على المقصود ووروده لغة فيه هذا اذا كان الايجاب من المسلم ولو كان

الفصل العاشر في السلف والنظر فيه يستدعي مقاصد **الاول** السلم الخ

ذهب / سلفت / عرف / والمصحف وسلمت بالهمزة

من المسلم اليه الذي هو البائع في الحقيقة صح بلفظ البيع والتمليك على قول وباسلمت
منك كذا او استلفت او تسلفت او تسلمت على امر الى آخر الصيغة والقبول
هنا من المسلم قبلت وشبهه وهذا الحكم من خواص السلم بالنسبة الى انواع البيع
ومثله في صحة الايجاب من كل من المتعاقدين الصلح **قوله** وهل ينعقد بلفظ البيع
كان يقول اسلمت اليك هذا الدينار في هذا الكتاب الاشبه نعم اعتبارا بقصد
المتعاقدين اي قال ذلك المشتري فيكون ذلك على نهج السلم من كون المسلم هو الثمن
والمسلم فيه هو المبيع ومثله ما لو قال البائع اسلمت اليك هذا الثوب في هذا الدينار
كما فرضه في القواعد ووجه الاشبه ان البيع يصح بكل ما ادى ذلك المعنى المخصوص
والسلم نوع من البيع اعتبره الشارع في نقل الملك فجاز استعماله في الجنس مجازا
تابعا للقصد ولانه اذا جاز استعماله لما في الذمة المحتملة للغرر كان مع المشاهدة ادخل لانه ابعد من الغرر اذ مع المشاهدة
يحصل العلم اكثر من الوصف والحلول يتيقن معه امكان التسليم والانتفاع
بخلاف الاجل فكان اولى بالصحة ولان البيع ينعقد بتمليكك كذا بكذا على ما
ذكره بعض الاصحاب ولا ريب ان السلم اقرب الى حقيقة البيع من التمليك
المستعمل شرعا استعمالا شائعا في الهبة فاذا انعقد بالابعد لتاديته المعنى المراد
فالاقرب اذا اداه اولى وهذا هو اختيار الاكثر ووجه العدم ان لفظ السلم
موضوع حقيقة للنوع الخاص من البيع فاستعماله في غير ذلك النوع مجاز والعقود
اللازمة لا تثبت بالمجازات ولان الملك انما ينتقل بما وضعه الشارع ناقلا
ولم يثبت جعل الشارع هذا ناقلا في موضع النزاع والحق ما قلناه باختصاص
البيع بما ثبت شرعا من الالفاظ لم يصح هنا وان جوزناه بكل لفظ دل صريحا
على المراد صح لان هذا اللفظ مع قصد البيع صريح في المطلوب وكلام الاصحاب
في تحقيق الفاظ البيع مختلف والقول بعدم انعقاد البيع بلفظ السلم لا يخ من قوة

البيع ص / بتمليكك / اداه

وعلى القول بالصحة فيما ذكره المص لو جعل متعلق البيع عينا موصوفة بصفات السلم
حالا كان اولى بالصحة لانه اقرب الى السلم وانما يخالفه بالاجل وعلى المنع يحتمل الصحة
هنا والاقوى الصحة في الموضعين **قوله** ويجوز اسلاف الاعواض في
الاعواض اذا اختلفت وفي الاثمان واسلاف الاثمان في الاعواض ولا يجوز
اسلاف الاثمان في الاثمان ولو اختلفا ه نبه بالاول على خلاف ابن الجنيد
حيث منع من اسلاف عرض في عرض اذا كانا مكيلين او موزونين او معدودين
كالسمن في الزيت وفي الثاني على خلاف ابن ابي عقيل حيث منع من اسلاف
غير النقدين وهما نادران واما الثالث وهو اسلاف الاثمان في الاعواض
فموضع وفاق كما ان المنع من الرابع موضع وفاق بين من اوجب قبض عوض
الصرف في المجلس لان السلم يقتضي تاجيل المسلم فيه وهو ينافي قبضه في
المجلس وفيه مع تماثل العوضين مانع آخر وهو الزيادة الحكمية في الثمن المؤجل
باعتبار الاجل فان له حظا من الثمن فيوجب الربا ويشكل على القول بجوازه
حالا كما سيأتي وبامكان الجمع بين الاجل والقبض في المجلس على تقدير اشتراطه
فان الاجل لا يتعذر في جانب النقيصة اللهم الا ان يقال انه مع الحلول يكون
بيعا بلفظ السلم لا سلما وسيأتي تحقيقه واجيب عن الثاني بان الجمع بين
الاجل والتقابض وان كان ممكنا الا ان الاجل مانع من التقابض بذمته
فيكون العقد معرضا للبطلان في كل وقت من اوقات الاجل وعدم حصول
التفرق قبل التقابض لا يدفع كونه معرضا لذلك ويشكل بان الشرط وهو التقابض
في المجلس اذا حصل تم العقد والعرضة المذكورة لم يثبت شرعا كونها قادحة
في الصحة **قوله** والضابط ان كلما يختلف لاجله الثمن فذكره لازم المراد اختلاف
الثمن بسببه اختلافا لا يتغابن به فلا يقدح الاختلاف اليسير المتسامح بمثله

مدة

المقصد الثاني في شرائطه وهي ستة **الاول** ذكر الجنس والوصف والقطع

بمثله عرفا والمرجع في هذه الاوصاف الى العرف وربما كان العامي اعرف بها من
الفقيه وحظ الفقيه منها البيان الاجمالي **قوله** ولا يطلب في الوصف الغاية
بل يقتصر على ما يتناوله الاسم ه اي لا يجب الاستقصاء في الوصف بل يجوز الاقتصار منه
على ما يتناوله الاسم الموصوف بالوصف الذي يزيل اختلاف اثمان الافراد الداخلة
في المعين فان استقصى كذلك ووجد الموصوف صح السلم وان عز وجوده بطل
فعلى هذا النهي والامر الواقعان في العبارة قد يكونان على وجه المنع واللزوم كما اذا
استلزم الاستقصاء عزة الوجود وقد يكونان على وجه نفي اللزوم والجواز كما اذا
لم يستلزم ذلك وهي عبارة صحيحة وقد تجوز في القواعد فجمع بين الفردين المختلفين
في الصحة وعدمها حيث قال ولا يجب في الاوصاف الاستقصاء لعسر
الوجود فان التعليل بعسر الوجود لعدم الجواز لا لعدم الوجوب كما قد عرفته **قوله**
ولو شرط الاجود لم يصح لتعذره وكذا لو شرط الاردى ولو قيل في هذا بالجواز
كان حسنا لامكان التخلص ه اما عدم صحة الضبط بالاجود فظاهر لانه ما من فرد
جيد الا ويمكن ان يكون فوقه ما هو اجود منه فلا يتحقق كون المدفوع من افراد
الحق واما شرط الاردى فالمشهور المنع منه لما ذكرناه في الاجود واشار المص بقوله
لامكان التخلص الى الجواب عن ذلك بان الاردى وان لم يمكن الوقوف عليه لكن يمكن
التخلص من الحق بدونه وطريقه ان يدفع فردا من الافراد فان كان هو الاردى
فهو الحق وان لم يكنه كان قد دفع الجيد عن الردي وهو جائز فيحصل التخلص
بخلاف ما لو شرط الاجود ويشكل بان امكان التخلص بهذا الوجه لا يكفي في صحة
العقد بل يجب مع ذلك تعين المسلم فيه بالضبط بحيث يمكن الرجوع اليه عند
الحاجة ويمكن تسليمه ولو بالقهر بان يدفعه الحاكم من مال المسلم اليه عند تعذر
تسليمه وظاهر ان هذين الامرين منتفيان عن الاردى لانه غير متعين ولا يمكن

الحاكم تسليمه والجيد غير متحقق عليه فلا يجوز لغيره دفعه ولا يجب عليه مع المماكسة فيتعذر
التخلص وح فالاقوى عدم الصحة **قوله** ولا بد ان تكون العبارة الدالة على الوصف
معلومة بين المتعاقدين ظاهرة في اللغة حتى يمكن استعلامها عند اختلافهما
المراد بظهورها في اللغة كونها على وجه يمكن الرجوع اليها عند اختلافهما كما
قيده به وانما يتم ذلك اذا كان مستفاضا او يشهد به عدلان وفي حكم اللغة
العرف فمتى كان المعنى متعارفا جازت الحوالة عليه كذلك ولا بد مع ذلك
من علم المتعاقدين بالمعنى المراد كما نبه عليه في العبارة باشتراط الامرين
معا علمهما وظهور المراد في اللغة فلو جهلاه او احدهما بطل العقد وان كان
معناه معروفا لغة وعرفا **قوله** وفي الجلود تردد وقيل يجوز مع المشاهدة
وهو خروج عن السلم ه المشهور المنع من السلم في الجلود للجهالة واختلاف الخلقة
وتعذر الضبط حتى بالوزن لان القيمة لا ترتبط به والقول بالجواز مع المشاهدة
للشيخ رحمه الله لارتفاع الجهالة بها ورده المص بانه مع المشاهدة يخرج عن وضع
السلم ويمكن الجواب بانه انما يخرج مع تعيين المبيع وكلام الشيخ اعم منه فيمكن
حمله على مشاهدة جملة كثيرة يكون المسلم فيه داخلا في ضمنها وهذا القدر
لا يخرج عن السلم كما لو شرط الثمرة من بلد معين او الغلة من قرية معينة
لا تخيس عادة والاجود المنع مطلقا للاختلاف وعدم الانضباط **قوله**
ولا يجوز في عيدانها قبل نحتها ه لامكان ضبطها بالعدد وبالوزن وما يبقى
فيه من الاختلاف لا يقدح لعدم اختلاف الثمن بسببه بخلاف المعمول
قوله ولا في الجواهر واللآلي لتعذر ضبطها وتفاوت الاثمان مع اختلاف
اوصافها ه لم يفرق بين اللآلي الصغيرة والكبيرة لاشتراكهما في علة المنع
وهو تعذر الضبط الموجب لرفع اختلاف الثمن وفرق جماعة بينهما فجوزوه

حينئذ صح

فجوزوه في الصغار لانها تباع وزنا ولا يعتبر فيها صفات كثيرة تتفاوت القيمة
بها تفاوتا بينا بخلاف الكبار وهو اجود ولا فرق بين المتخذ للتداوي وغيره
قوله وفي البيض والجوز واللوز ه شرط الشيخ في جواز السلف في البيض والجوز
ضبطه بالوزن لاختلافه والاقوى الاكتفاء بالعدد مع ذكر النوع الذي يقل
الاختلاف فيه بحيث يختلف بسببه الثمن لان الغرض العلم بالقدر وهو حاصل
بذلك حيث لم يرد من الشارع تعيين الاعتبار والعرف يدل عليه **قوله**
والادوية بسيطها ومركبها ما لم يشتبه مقدار عقاقيرها ه بان لا يكون لها
ضابط معين في مقدار كل واحد من اجزائها فلو امكن ضبطها بالقدر صح
وان لم يكن ذلك لازما فيها وعقاقير الدواء اجزاؤه التي تركب منها ويعلم من
اشتراط العلم بمقدار عقاقيرها العلم بها نفسها بطريق اولى ليرتفع الجهالة
وفي اعتبار ذلك في المشاهد نظر من توقف العلم عليه ومن مشاهدة الجملة
وهو اجود **قوله** ويجوز الاسلاف في شاة لبون ولا يلزم تسليم ما فيه لبن بل
شاة من شانها ذلك ه نبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منع في احد قوليه
من السلف في شاة لبون محتجا بجهولية اللبن المعين وليس بجيد لان
الواجب ما من شانها ان يكون لها لبن وان لم يكن موجودا بالفعل حال
البيع بل لو كان لها لبن ح لم يجب تسليمه بل له ان يحلبها ويسلمها ولو سلم
وجود اللبن بالفعل فهو تابع لا يضر جهالته كما مر وضابط اللبون ما يمكن
ان تحلب في زمن يقارب زمن التسليم فلا يكفي الحامل وان قرب اوان
ولادتها **قوله** ويجوز في شاة معها ولدها وقيل لا يجوز لان ذلك مما لا يوجد
الا نادرا وكذا التردد في جارية حامل لجهالة الحمل ه القول بالمنع للشيخ رحمه الله
محتجا على الاول بعزة الوجود وعلى الثاني بجهالة الحمل وعدم امكان وصفه

نبه بذلك على خلاف بعض الجماعة حيث حصر ما يصح السلم فيه فيما لا يصلح الا للتداوي لصغره فانه لا يتعلق الى الوصف الكبير الذي يوجب الاختلاف فيخلاف ما يصلح للترتيب لعدم انضباطه رحمه الله

بسم

والمشهور والاجود الاول لامكان وصف الاول بالصفات المعتبرة فى السلم
من غير اداء الى العسر واغتفار الجهالة فى الحمل لانه تابع ووافقه العلامة
فى الجارية الحسنا مع ولدها لعزة وجودها كذلك وفى الفرق نظر وضابط
المنع وعدمه عزة الوجود وعدمه قوله وفى الاسلاف فى جوز القز تردد
منع الشيخ رحمه الله من الاسلاف فى جوز القز محتجا بان فى جوفه دودا ليس
مقصودا ولا فيه مصلحة فانه اذا ترك فيه افسده لانه يقرضه ويخرج منه
وان مات فيه لم يجز من حيث انه ميتة والاصح الجواز لان المقصود بالبيع
خال من هذه الموانع والدود ليس بمقصود وهو فى حكم النوى الذى
لا فائدة فيه ومنشاء تردد المص مما ذكرناه فى الوجهين قوله قبض راس

الشرط الثالث قبض

المال قبل التفرق شرط فى صحة العقد ه هذا هو المشهور بل اجماع وظاهر
ابن الجنيد جواز تاخير القبض ثلثة ايام وهو متروك قوله ولو قبض البعض
صح فى المقبوض وبطل فى الباقى ه ثم ان كان عدم الاقباض بتفريط المسلم اليه
فلا خيار له والا تخير لتبعض الصفقة قوله ولو شرط كون الثمن من دين عليه
قيل بطل لانه بيع دين بمثله وقيل يكره وهو اشبه ه القول بالبطلان للشيخ
والاكثر لما ذكر اذ لا شك فى اطلاق اسم الدين عليه ووجه الكراهة ان
ما فى الذمة بمنزلة المقبوض وبقى فى المسئلة قسم آخر وهو ما لم يعينه من الدين
ثم تقاصا فى المجلس مع اتفاق الجنس والوصف او تحاسبا مع الاختلاف
فان الاجود هنا الصحة لان ذلك استيفاء محض قبل التفرق مع عدم ورود
العقد على ما فى الذمة وقيل بالبطلان هنا ايضا لان الثمن قد تشخص بما فى
الذمة فيكون بيع دين بدين او لان هذه معاوضة على ثمن السلم قبل
قبضه فيكون فاسدة وهما ضعيفان لان الثمن هنا امر كلى وتعيينه فى

لو

فى شخص لا يقتضى كونه هو الثمن الذى جرى عليه العقد ومثل هذا التقابض
والتحاسب استيفاء لا معاوضة وحيث يكون الجنس والوصف واحدا
فالتقابض قهرى والا توقف على التراضى قوله تقدير السلم بالكيل او الوزن

الشرط الرابع تقديره

فالعاض ...

العامين ه لا فرق فى ذلك بين ما يعتاد كيله ووزنه وما يعتاد بيعه جزافا
لان المشاهدة ترفع الغرر بخلاف السلم المعول فيه على غائب او معدوم
وسياتى فى حكم السلم فى الحطب والقصب ما ينبه عليه قوله ويجوز السلم
فى الثوب اذرعا ه هذا الحكم ثابت ايضا وان قلنا بجواز بيعه مع المشاهدة
بدون الذرع لانتفاء الغرر كما مر قوله وهل يجوز الاسلاف فى المعدود عددا
الوجه لا ه وجه الوجه عدم انضباط المعدود فلا يحصل العلم بقدره بدون
الوزن وهذا انما يتم فى بعض المعدودات كالرمان اما النوع الخاص من البيض
والجوز فالاجود جوازه بالعدد والوزن وفى اللوز نظر من عدم انضباط نوع
الخاص غالبا والاولى اعتباره بالكيل او الوزن والضابط للصحة الانضباط
الرافع لاختلاف الثمن قوله ولا يجوز الاسلاف فى القصب اطنانا ولا
فى الحطب حزما ولا فى المجزوز جزا ولا فى الماء قربا ه الوجه فى ذلك كله اختلاف
مقدار المذكورات الموجب للغرر فى عقد السلف بخلاف ما لو بيع مشاهدا
فان المشاهدة ترفع الغرر عنه قوله ولا يجوز الاقتصار على مشاهدته ه
هذا اذا كان مما يكال او يوزن او يعد فلو كان مما يباع جزافا جاز الاقتصار
على مشاهدته كما لو بيع ولو كان مذروعا كالثوب ففى الاكتفاء بمشاهدته عن
ذرعه نظر من جوازه لو بيع كما مر فكذا اذا كان ثمنا ومن الجهالة وقطع الشيخ
باشتراط ذرعه وتوقف الفاضل فى المختلف والاولى بناؤه على جواز بيعه
كذلك فان قلنا به ثم اجزناه هنا وخالف المرتضى فى ذلك كله فاكتفى بالمشاهدة

الشرط الخامس تعيين الاجل

فى الثمن مطلقا والعمل على المشهور قوله ولو اشتراه حالا قيل يبطل وقيل يصح وهو
المروى لكن بشرط ان يكون عام الوجود فى وقت العقد ه موضع الخلاف ما اذا قصد الحلول
سواء صرح به ام لم يصرح فانه يكون بيعا بلفظ السلم لانه بعض جزئياته
وقد تقدم جوازه فى العين الحاضرة ففى الكلية اولى ووجه المنع ان وضع
السلم على التاجيل حتى ادعى الشيخ عليه الاجماع وعن النبى صلى الله عليه وآله من
اسلف فليسلف فى كيل او وزن معلوم واجل معلوم واجاب فى المخ بالقول
بموجب هذه الادلة فانه مع قصد السلم يجب ذكر الاجل وليس صورة النزاع
بل البحث فيما تبايعا حالا بلفظ السلم ومقتضى ذلك ان موضع الخلاف ما اذا
لم يقصد السلم وظاهر العبارة ان الخلاف فى السلم ايضا لان ضمير اشتراه
ناسب كونه السلم فيه وهو ظاهر الدروس ايضا وهذا هو الاجود قوله

لو

الشرط السادس ان يكون الخ

ان يكون وجوده غالبا وقت حلوله ه اى يكون الاغلب وجوده عند الاجل
عادة فلا يكفى وجوده فيه نادرا وفى القواعد جعل الشرط امكان وجوده عادة
عند الاجل بحيث يقدر على تسليمه وبقيد العادة يندفع تخيل كون ما هو معدوم
الآن مستصحب للعدم فلا يحصل بوجوده فى ثانى الحال الا الظن فان هذا الظن
الغالب المستند الى قرائن الاحوال المستمرة يفيد العلم العادى وان لم يفد
العلم الحقيقى ومن هنا اطلق فى الدروس ان الشرط هو القدرة على التسليم
عند الاجل واعلم ان وجوده عند الاجل باى معنى اعتبر اعم من كونه متجددا
فيمنع كونه الآن معدوما او من كونه موجودا من الآن الى ذلك الوقت فما عبر به
فى الدروس اجود وادل على المقصود قوله ولا بد ان يكون الاجل معلوما للمتعاقدين ه
هذا وما بعده من فروع الاجل المعين وكان ذكره فى بابه اجود وكانه اضرب
عن الشرط السادس وهو آخر الشروط وشرع فى تكميل مباحث الشروط السابقة

فيدخل فيه النادر الا على الكلف بعيد وما هنا اجود وهى حمل ان الشرط امكان وجوده ه

السابقة والمراد انه لا بد مع كون الاجل مضبوطا فى نفسه بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان
من كونه معلوما لهما على ذلك الوجه فلا يكفى تعينه فى نفسه بحيث يرجعان فى
معرفته الى غيرهما كالنيروز والمهرجان والفصح ونحو ذلك من الاوقات المضبوطة
التى لا يعرفها كثير من الناس لان الاجل جزء من العوضين وتجهيله حالة العقد
وان تجدد العلم به تجهيل احدهما حالته وان تجدد العلم به ومثله ما لو قال العارف
للعامى فى الاجل الى سلخ الشهر الفلانى او غرته ونحو ذلك اذا لم يكونا عارفين بمعناه
قوله واذا قال الى جمادى حمل على اقربهما ه انما حمل على اولهما مع كونه مشتركا
لتعليقه الاجل على الاسم المعين وهو يصدق بالاول ويعتبر علمهما بذلك قبل العقد
ليتوجه قصدهما الى اجل مضبوط فلا يكفى ثبوت ذلك شرعا مع جهلهما او احدهما به
كما مر ومثله التاجيل الى يوم معين من ايام الاسبوع كالخميس والجمعة مع
احتمال البطلان فى الجميع مع عدم التعيين للاشتراك والشك فى حمله على
الاول وفرق فى التذكرة بين الاول والثانى فحكم فى الثانى وهو اليوم بحمله
على الاول لدلالة العرف عليه وتردد فى الاول والمعتمد التسوية بينهما فى الحمل
على الاول فان قلت قد شرطت فى الصحة علمهما وقصدهما اليه ومع ذلك كيف
يتجه احتمال البطلان لانهما اذا قصدا الى الاول او الثانى واتفقا عليه صح قطعا
لعدم الاشتباه والاختلاف ومع عدم القصد الى معين لا مجال للصحة فكيف
يتوجه الوجهان على نحو واحد قلت منشاء الاحتمالين من الشك فى
دلالة اللفظ المشترك على معنيين من معانيه ام لا فمن حمله على الاول زعم
ان اطلاق اللفظ دال عليه اما عرفا او مطلقا نظرا الى تعليقه على اسم متى
دخل الاول صدق الاسم فلا يعتبر غيره واذا كان الاطلاق دالا على الاول
حمل عليه اللفظ لانه مدلوله ومن حكم بالبطلان نظر الى اشتراك اللفظ واحتماله

بذلك ه

للامرين على السواء فلا يمكن حمل الاطلاق على احدهما واذا تقرر ذلك وكان اعتقاد المتعاقدين وفهمهما انصرافه الى الاول كان اطلاقهما في قوة ارادة الاول وان لم يكن لهما اعتقاد ذلك سواء اعتقدا نقيضه ام لا كان ما جعلاه من الاجل محتملا للزيادة والنقصان فلا يصح العقد وان كان له محمل شرعي عند الفقيه فان ذلك غير كاف في صحة العقد من دون ان يعلمه المتعاقدان هذا هو الذي تقتضيه القواعد المتقدمة وتقتضيه الدليل ويحتمل ضعيفا الاكتفاء في الصحة وعدمها بما يقتضيه الشرع في ذلك قصداه ام لم يقصداه نظرا الى كون الاجل الذي عيناه مضبوطا في نفسه شرعا واطلاق اللفظ منزل على الحقائق الشرعية وقد ظهر مما سبق ضعفه **قوله** ويحمل الشهر عند الاطلاق على عدة بين هلالين او ثلثين يوما ه اي يحمل الشهر على شهر هلالي ان اتفق الاجل في اوله سواء كان ثلثين يوما ام اقل او على ثلثين يوما ان كان العقد وقع في اثناء شهر فالترديد باعتبار التفصيل لا ترديد اشكال في اعتبار ايهما ويعتبر في اولية الشهر واثنائه العرف لا الحقيقة لانتفائها غالبا او دائما اذ لا يتفق المقارنة المحضة لغروب ليلة الهلال فعلى هذا لا يقدح فيه نحو اللحظة ويقدح فيه نصف الليل ونحوه وحيث كان المرجع الى العرف فهو المعيار والظاهر ان الساعة فيه غير قادحة **قوله** ولو قال الى شهر كذا حل باول جزء من ليلة الهلال نظرا الى العرف ه انما اسنده الى العرف لان الشهر يعني وقع غاية للاجل والغاية لغة قد تدخل في المغيا كما في قولك قرأت القرآن الى آخره وبعت الثوب الى طرفه وقد لا تدخل كاتموا الصيام الى الليل وقد يحتملهما كاية غسل اليد الى المرفق لكن هنا دل العرف على خروج الغاية وهو الشهر المعين فيحكم به لانه المرجع حيث لا يكون للفظ حقيقة شرعية

وهذا بخلاف ما لو كان الشهر مطلقا كما لو جعل الاجل الى شهر فانه يتم بآخره لدلالة العرف عليه ايضا وبقرينة انه لولا ذلك لخلا السلم من الاجل وقد صرح به وفرق الشهيد رحمه الله بينهما في بعض تحقيقاته مع اشتراكهما في انتهاء الغاية بان المغيا في المبهم مسمى المدة وهو لا يصدق الا بالمجموع والمغيا في المعين مسمى المعين وهو يصدق باول جزء منه ضرورة صدق الشهر كصفر مثلا باول جزء منه وفيه نظر لان المطلق لما حمل على الشهر المتصل وهو الهلالي ان اتفق والا ثلثون يوما كان مسمى المدة المبهم هو المجموع المركب من الايام المخصوصة المتصل بالعقد وان صدقت الغاية باولها ثبت الحكم فيهما وانما الفارق العرف الدال على خروج الاول ودخول الثاني كما دل على خروج بعض الغايات ودخول بعض في نظائره ويشكل الحكم في المعين لو كان العقد في اوله وجعلاه الغاية فان الحكم بخروجه يوجب خلو العقد من الاجل وقد ذكراه فالحكم بدخوله اجمع يخالف القاعدة الحاكمة بخروج المعين ويمكن السلامة من المحذور الاول ان لم يعتبر الاجل في صحة العقد بان ذكر الاجل على هذا الوجه بمنزلة التصريح بالحلول لانه كان وان كان بصورة الاجل فتصح حالا كما لو صرح به اما مع اعتبار ذكر الاجل فيمكن ترجيح آخره تحصيلا للصحة وان خالف الظاهر والبطلان لفقد شرط الصحة ومخالفة الظاهر لتحصيل حكم شرعي غير لازم لان البطلان حكم شرعي ايضا وهذا هو الاجود بناء على اعتبار الاصل **قوله** ولو قال الى شهرين وكان في اول شهر عد شهرين اهلة وان اوقع العقد في اثناء الشهر اتم من الثالث بقدر الفائت من شهر العقد وقيل يتمه ثلثين يوما ه وهو اشبه الاصل في الشهر عند الاطلاق الهلالي ويعدل عنه الى العددي عند تعذر

حمله على الهلالي فمتى كان الاجل شهرا واحدا وكان العقد في اوله اعتبر الهلالي وان كان في اثنائه فالعددي ولو كان الاجل شهرين فصاعدا ووقع في اثنائه ففي اعتبار الشهر بانها ثلثة اقوال اشار المصنف الى اثنين منها احدها اعتبار الشهرين بالهلالي اما الثاني فظاهر لوقوعه باجمعه هلاليا واما الاول فلصدق مضي العقد الحاصل منه عرفا كنصفه وثلثه مثلا فيتم من الثالث قدر ما فات منه حتى لو كان ناقصا كفى اكمال ما تم تسعة وعشرين لان النقص جاء في آخره وهو من جملة الاجل والفائت من الاول لا يختلف بالزيادة والنقصان وهذا هو الذي حكاه المصنف اولا وثانيها اعتبار ما عدا الاول هلاليا ويتم الاول ثلثين اما الاول فلصدق الشهر الهلالي عليه واما الثاني وهو الاول المنكسر فلانه بالهلال الثاني لا يصدق عليه انه شهر هلالي فيكون عدديا ولا على كل اعتبار الجميع بالهلالي لئلا يلزم اطراح المنكسر وتأخر الاجل عن العقد مع الاطلاق وح فيكمل الاول ثلثين بعد انقضاء المقصود من الهلالي من شهر او اكثر وهذا هو قول الاكثر وثالثها انكسار الجميع بكسر الاول فيعتبر الكل بالعدد ووجهه ان الشهر الثاني لا يعقل دخوله الا بعد انقضاء الاول فالايام الباقية اما ان تحسب من احدهما او من الثاني وكلاهما محال او من الاول فلا يعقل دخول الثاني حتى يتم الاول بعدد ما فات منه من الثاني فينكسر الثاني وهكذا والى هذا القول ذهب الشيخ في احد قوليه والاوسط اوسط لما مر ولان الاشهر الباقية يمكن اجراؤها على حكم الاصل وهو اعتبارها بالهلال فيتعين ولا يلزم اكمال الشهر الاول من الذي يليه لان الاكمال صادق سواء اكمل من الذي يليه

يليه ام من غيره اذ لا يلزم محذور لو اكمل من غيره بخلاف ما لو اكمل من الذي يليه فانه يلزم اختلال الشهر الهلالي مع امكان اعتباره بالهلالي ولان الاجل لو كان ثلاثة اشهر مثلا فبعد مضي شهرين هلاليين وثلاثين يوما ملفقة من الاول والرابع انه قد مضى ثلاثة اشهر عرفا فيحل الاجل والا كان ازيد من المشترط ولانه اذا وقع العقد في نصف الشهر مثلا ومضى من الاجل شهران ونصف وان كانت الثلاثة ناقصة وهذا امر ثابت في العرف حقيقة فيكفي اكمالها خمسة عشر يوما لصدق الثلثة معها واعلم ان المعتبر في الاولية والاثناء العرف كما مر لا اللغة فلا يقدح فيه اللحظة والساعة مع احتمالها **قوله** ولو قال الى يوم الخميس حل باول جزء منه ه الوجه فيه ما تقدم من الغاية المعينة فانه وان كان مطلقا الا انه قد تعين شرعا وعرفا باول خميس فصار كالمعين ابتداء فيصار في الاكتفاء بدخوله الى العرف ويشكل بما اذا كان العقد في اوله فانما تقدم من الاحتمال والبحث آت فيه **قوله** ولا يشترط ذكر موضع التسليم على الاشبه ولو كان في حمله مؤنة ه اختلف الاصحاب في اشتراط ذكر موضع التسليم في العقد مع اعترافهم بانه لا نص فيه على الخصوص على اقوال احدها عدمه مطلقا كما اختاره المصنف والشيخ في النهاية والعلامة في التحرير والارشاد وجماعة لاصالة البراءة من اشتراطه ولاطلاق الاوامر بالوفاء بالعقود وحل البيع وللاجماع على عدم اشتراطه في باقي انواع البيع وان كان مؤجلا بل ادعى ابن ادريس الاجماع عليه هنا ايضا وهي دعوى في محل النزاع وثانيها اشتراطه مطلقا اختاره الشيخ في الخلاف وتبعه عليه جماعة واستقربه الشهيد رحمه الله ووجهه ان مكان التسليم مما

يختلف فيه الاغراض ويختلف باعتباره الثمن والرغبات فانه قد يكون بعيدا
عن المشتري فلا يرغب في تكثير الثمن ولا في الشراء على بعض الوجوه وقد يكون
قريبا فينعكس الحكم وكذا القول في البائع ولان المطالبة بالمبيع فرع ثبوته
في الذمة واستحقاق المطالبة به وذلك في السلم المؤجل غير معلوم لانه انما
يكون عند الحلول ولا يعلم في اي مكان تحقق الحلول على البائع وبهذا يفرق
بينه وبين القرض حيث انصرف الى مكان العقد وكذا البيع ولا يلزم مثله
في بيع النسيئة لخروجه بالاجماع على عدم اشتراط تعيين محله والا لكان
الدليل قائما فيه فلا يلحق المختلف فيه وثالثها التفصيل فان كان في حمله
مؤنة وجب تعيين محله والا فلا اختاره الشيخ في المبسوط ووجهه يعلم مما
تقدم فان الاغراض انما تختلف في محل تفتقر الى المؤنة اما غيره فلا ورابعها
انهما ان كانا في برية او بلد غربة قصدهما مفارقته اشترط تعيينه والا فلا
وهو اختيار العلامة في القواعد والمخ ووجهه انه متى كان البلد كذلك لم يكن
التسليم في مكان العقد وليس احد الامكنة في غيره اولى من الآخر فيفضي
الى التنازع بجهالته بخلاف ما اذا كان في بلد يجتمعان فيه فان اطلاق العقد
يقتضي التسليم في بلده وخامسها ان كان لحمله مؤنة او لم يكن المحل صالحا
كالغربة اشترط تعيينه والا فلا وهو خيرة العلامة في التذكرة ووجهه مركب
من القولين السابقين ولكل من الاقوال وجه الا ان الاخير يضعف السابقة
عليه ويبقى الاشكال في ترجيح احد الثلثة فاصالة البراءة وحمل الاطلاق في
نظائره على موضع العقد يرجح الاول واختلاف الاغراض وعدم الدليل الدال
على تعيين موضع العقد في التنازع يؤيد الثاني ووجه الاخير ظاهر ولا ريب
ان التعيين مطلقا اولى وانا في ترجيح احدها من المترددين بقي هنا امور ا موضع

موضع الخلاف ما لو كان السلم مؤجلا فلو كان حالا لم يعتبر تعيين المحل قطعا بل
كان كغيره من البيوع يستحق المطالبة في محل العقد او في محل المطالبة ان فارقاه
ب على القول بعدم اشتراط تعيينه مطلقا او على بعض الوجوه فمكانه موضع
العقد ايضا الا ان تعين موضعا آخر فيتعين ج لو عينا محلا وقلنا باشتراطه
صح العقد وتعين ولو لم يعينا بطل ولو لم يشترطه فعيناه تعين ايضا فان شرط
ولو اتفقا على التسليم في غير الموضع المعين جاز وكذا القول لو عينا موضعا غير عينه
الشارع د لو كان في مكان من قصد احدهما مفارقته دون الآخر فهو كما لو قصدا
معا لما ذكر من العلة وان كان كلامهم في التمثيل بخلاف ذلك وكذا لو كان احدهما
غريبا دون الآخر هـ ليس المراد من البرية وبلد الغربة حقيقتهما خاصة بل ذكرهما
على سبيل المثال وانما المعتبر بلدهما وما في حكمه فمتى كانا خارجين عنه وعما في حكمه
عرفا اعتبر تعيين المكان عند من اشترطه لاقتضاء الدليل ذلك و المعتبر في
تشخص المكان ذكر محل لا يختلف الحال في جهاته واجزائه عرفا كالبلد المتوسط
فما دونه والقطعة من الارض كذلك بحيث لا يفرق بين اجزائها ولا يحصل كلفة
زائدة في جهة منها دون جهة لا مطلق البلد ولا الموضع الشخصي الصغير قوله
ويجوز بعده وان لم يقبضه على من هو عليه وعلى غيره على كراهيته هـ هذا اذا كان مما
يكال او يوزن اما لو كان مما يعد ففي الكراهة نظر لعدم الدليل وقد تقدم الكلام في
ذلك ان الاقوى التحريم اذا كان طعاما او اذا كان مما يكال او يوزن على ما
فصل ويجوز الصلح عليه قبل الحلول وبعده وقبل القبض وبعده على الاقوى
بناء على ان الصلح اصل لا فرع البيع ونحوه قوله ولو امتنع قبضه الحاكم اذا سأل
المسلم اليه ذلك هـ هذا مع امكانه ومع تعذره يخلا بينه وبينه ويبرأ منه وكذا يفعل
الحاكم لو قبضه ان لم يمكن الزامه بالقبض قوله ولو دفع فوق الصفة وجب قبوله

ولو دفع اكثر لم يجب قبول الزيادة هـ الفرق بين العين والصفة ان زيادة
الصفة لا تنافي عين الحق بل تؤكده اذ المفروض كونه مساويا للحق في النوع
وغيره وتزيد الصفة اما العين فهي خارجة عن الحق زائدة عليه فلا يجب
قبولها لانها عطية جديدة يمكن تخليصها والحق معا غير متعين وخالف ابن
الجنيد في الاول وسوى بينهما في عدم وجوب القبول عملا بظاهر رواية
سليمان بن خالد قوله اذا اشترى كرا من طعام بمائة درهم وشرط تأجيل
خمسين بطل في الجميع على قول م اما بطلانه في المؤجل فظاهر واما في غيره
فلان الثمن المعجل يقابل من المبيع قسطا اكثر مما يأخذه المؤجل لان للاجل
قسطا منه والتفاوت غير معلوم عند العقد فاذا بطل البيع في المؤجل
جهل ما قابل المعجل فيبطل ايضا ووجه الصحة امكان العلم بالتقسيط ولو بعد
العقد كما لو باع سلعتين فظهرت احدهما مستحقة فان التقسيط اللاحق
كاف وان جهل ما يخص كل واحد حالة العقد واقرب منه ما لو باع ما يملك
تملكه وغيره وقد تقدم في بحثهما توجيه البطلان فيهما ايضا مع علم المشتري
بالحال قوله ولو دفع الخمسين وشرط الباقي من دين له على المسلم اليه صح فيما
دفع وبطل فيما يقابل الدين وفيه تردد هـ قد تقدم الخلاف في ذلك وما يعلم
وجه التردد وان المص اختار الصحة على كراهية وهنا تردد في البطلان والاقوى
الصحة في الجميع قوله لو شرطا موضعا للتسليم فتراضيا بقبضه في غيره جاز
وان امتنع احدهما لم يجبر هـ لا فرق في ذلك بين كون ذكر الموضع شرطا في صحة
السلم وعدمه فان العقد اذا انضبط في اصله جاز التراضي على غير ما عين
من الموضع وغيره قوله اذا قبضه فقد تعين وبرئ المسلم اليه فان وجد به
عيبا فرده زال ملكه عنه وعاد الحق الى الذمة سليما من العيب هـ اذا قبض المسلم

المشتري المسلم فيه فوجد به عيبا فلا ارش له لانه لم يتعين للحق بل يقع عوضا عن
الحق الكلي مملوكا له ملكا متزلزلا يتخير معه بين الرضا به مجانا فيستقر ملكه
عليه وبين ان يرده فرجع الحق الى ذمة المسلم اليه سليما بعد ان كان قد خرج عنها
خروجا متزلزلا وينبه بقوله عاد على ذلك حيث ان العود يقتضي الخروج بعد ان لم يكن
فانه مصير الشيء الى ما كان عليه بعد خروجه وتظهر الفائدة في النماء المنفصل المتجدد
بعد القبض والرد فانه يكون للقابض لانه نماء ملكه كنظائره من النماء المتجدد
زمن الخيار اما المتصل فيتبع العين ويتفرع عليه ايضا ما لو تجدد عنده عيب قبل
الرد فانه يمنع من الرد لكونه مضمونا عليه ولم يمكنه بعده رد العين كما قبضها
وبه قطع في التذكرة وزاد ان له ارش العيب السابق وان لم يكن ثابتا
لولا الطارئ فان المنع منه انما كان لعدم انحصار الحق فيه حيث انه امر كلي
والمعيب غير تام في جملة افراد الحق فلما طرأ العيب المانع من الرد تعين قبوله
فصار كالمبيع المعين اذا كان معيبا فانه يجوز اخذ ارشه ويتعين عند مانع
من رده وربما قيل بجواز رده هنا لعدم تعينه ابتداء والعيب الطارئ لم يوجب
تعينه غايته ما في الباب ان يلزم بارشه وقد ظهر مما قررناه جواب ما قيل على الجواز
من ان زوال الملك عند رده انما يكون بعد ثبوته والمعيب ليس للمسلم فلا يتنقل
عن المسلم اليه وان عود الحق انما يكون بعد زواله وهو مستلزم لاحد المحذورين
اما الحكم بالشيء مع وجود نقيضه او اثبات الحقيقة من دون لوازمها وذلك لان
الحكم بالبراءة ان كان صادقا لزم الاول والا لزم الثاني فانا نلتزم بان المقبوض معيبا
يصلح اداء عن الحق اذا رضي به المستحق لانه من جنس الحق وعيبه يجبر بالخيار ثم
الزوال والعود ومن ثم كان النماء له كما بيناه ولا بعد في تحقق الملك متزلزلا
لمكان العيب فاذا علم به كان له الفسخ وطلب السليم ولو فرض انه لم يعلم بالعيب

وتصرف فيه وذهب عيبه برئ المسلم اليه من الحق فيما بينه وبين الله تعالى فاراد
على ارش عيبه وفي ثبوت مقدار الارش في ذمته ما تقدم وما حققناه اجود
مما اجاب به الشهيد رحمه الله عن الايراد في بعض تحقيقاته بان الحكم بالزوال
والعود مبني على الظاهر حيث كان المدفوع من جنس الحق وصالحا لان يكون
من جملة افراده قبل العلم بالعيب فاذا علم بالعيب زال ذلك الملك الذي حصل
ظاهرا وان لم يثبت في نفس الامر فصح اطلاق الزوال والعود بهذا الاعتبار
وانت خبير بانه لا ضرورة الى التزام ذلك بل الملك حصل ظاهرا او باطنا غاية
امره التزلزل وهو غير مانع منه كنظائره **قوله** اذا وجد برأس المال عيبا
فان كان من غير جنسه بطل العقد وان كان من جنسه رجع بالارش ان شاء
وان اختار الرد كان له **ه** انما يبطل العقد مع ظهور العيب من غير الجنس اذا كان
ظهوره بعد التفرق وكان الثمن باجمعه معيبا من غير الجنس او كان معينا اما
لو كان في الذمة وتبين العيب قبل التفرق لم يبطل العقد بل يمكن ابداله وكذا
لو كان بعده والعيب غير مستوعب كما هو الظاهر من العبارة فان العيب
غير الجنسي اذا كان مستوعبا لم يكن المدفوع ثمنا ولا راس مال وان اطلق عليه
ذلك بتوهم كونه هو واذا كان من الجنس فانما يرجع بالارش كما ذكره مع تعينه
اما مع اطلاقه فلا بل له ابداله قبل التفرق وبعده على اشكال تقدم الكلام على
نظيره في باب الصرف وجملة اقسام المسئلة ان العيب اما ان يكون من الجنس
او من غيره ثم اما ان يكون في جملة الثمن او في بعضه ثم اما ان يظهر قبل التفرق
او بعده ثم اما ان يكون الثمن معينا او كليا فالاقسام ستة عشر وحكمها قد علم مما
اسلفناه هنا وفي باب الصرف **قوله** اذا اختلفا في القبض هل كان قبل التفرق
او بعده فالقول قول من يدعي الصحة **ه** مع انها معارضة باصالة عدم القبض

الـسادسة اذا الخ

الـسابعة اذا الخ

انما قدم مدعي الصحة مع

التبعض قبل التفرق لان هذه الاصالة معارضة باصالة عدم التفرق قبل القبض
المتفق على وقوعه فيتساقط الاصلان ويحكم باستمرار العقد وفي الحقيقة لا نزاع
بينهما في اصل الصحة وانما النزاع في طرو المفسد والاصل عدمه وهذا بخلاف
ما لو اختلفا في اصل قبض الثمن فان القول قول منكر القبض وان تفرقا واستلزم
بطلان العقد لانه منكر لقبض ماله الذي هو الثمن الثابت عند المسلم لما قلناه
من اتفاقهما على صحة العقد في الحالين وانما الخلاف في طرو المفسد وحيث
كان الاصل عدم القبض كان المقتضي للفساد قائما وهو التفرق قبل القبض
فلا يقدح فساد العقد به حيث انه ترتب على ما هو الاصل مع تحقق الصحة سابقا
وليس هذا من باب الاختلاف في وقوع العقد صحيحا او فاسدا ومثله ما لو اختلفا
في قبض احد عوضي الصرف قبل التفرق ولو اقام منهما في المسئلة الاولى بينة بني
على تقديم بينة الداخل وهو هنا مدعي الصحة او الخارج والاجود الثاني وقدم العلامة
هنا بينة الاول لقوة جانبه بدعوى اصالة عدم طرو المفسد ولكن دعواه
مثبتة والاخرى نافية وبينة الاثبات مقدمة **قوله** ولو قال البائع قبضته ثم
رددته اليك قبل التفرق كان القول قوله مع يمينه مراعاة لجانب الصحة **ه** المراد
انهما اتفقا الآن على كون الثمن في ذمة المشتري او عنده ولكن اختلفا في كون
ذلك على وجه مفسد للعقد بان لا يكونا تقابضا اصلا او على وجه مصحح بان يكون
البائع قبضه ثم رده اليه والمص هنا قدم قول البائع ترجيحا لجانب الصحة مع ان
الاصل عدم القبض ايضا وتحقق صحة العقد سابقا كما مر ويمكن ان يقال حينئذ
تعارض الاصلان فيحصل الشك في طرو المفسد والاصل عدمه فيتمسك
باصل الصحة لذلك لكن يبقى في المسئلة شيء وهو ان دعوى البائع الرد غير مقبولة
كنظائره اذ لا دخل له في الصحة وانما قدم قوله في اصل القبض مراعاة لجانبها

كل ص

الكون مر

وح فمع قبول قوله في القبض هل له مطالبة المشتري بالثمن يحتمل عدمه لما قلناه
من عدم قبول قوله في الرد مع اعترافه بحصول القبض ويحتمل جواز المطالبة
لاتفاقهما معا على بقاء الثمن عند المشتري الآن اما على وجود البائع فظاهر
واما على دعوى المشتري فلاعترافه بعدم القبض فاذا قدم قول البائع في صحة العقد
الزم المشتري بالثمن ويشكل بان المشتري حينئذ لا يعترف باستحقاق في ذمته لدعواه
فساد البيع فلا يبقى الا دعوى البائع وهي مشتملة على الاعتراف بالقبض ودعوى
الرد وهي غير مقبولة في الثاني والمسئلة موضع اشكال ولعل عدم قبول قوله في
الرد اوجه **قوله** اذا حل الاجل وتأخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه
كان بالخيار بين الفسخ والصبر **ه** احترز بالعارض عما لو كان تأخر التسليم باختيار المشتري
مع بذل البائع له فانه لا فسخ لاستناده الى تقصيره ولكن تشمل العبارة بمفهومها
ما لو كان التأخير اقتراحا من البائع خاصة والحق حينئذ ان الخيار يثبت للمشتري
كما لو كان التأخير لعارض لاشتراكهما في المعنى بالنسبة اليه ولا فرق ح بين ان
يطالب بالاداء وعدمه نعم لو رضي بالتأخير ثم عرض المانع فالمتجه سقوط خياره كما
وتخييره بين الامرين هو المشهور وبه اخبار بعضها صحيح وح فلا يلتفت الى انكار ابن
ادريس الخيار وزاد بعضهم ثالثا وهو ان لا يفسخ ولا يصبر بل يأخذ قيمته الآن وهو
حسن لان الحق هو العين فاذا تعذرت رجع الى القيمة حيث يتعذر المثل و
الخيار ليس على الفور لاصالة العدم وح فلا يسقط بالتأخير بل لو صرح بالامهال
فالاقوى عدم سقوط خياره وتوقف في الدروس ولو كان الانقطاع ببلده خاصة
وامكن تحصيله من غيرها فان قلنا بوجوب تعيين البلد فلا كلام اذ لا يجب قبول
غيره فلا يجب المطالبة فلا يجب قبولها وان لم يجب مطلقا او على بعض الوجوه
فان نقله البائع باختياره والا لم يجبر عليه مع المشقة ويجبر مع عدمها وفي حكم ايقاعه

دعوى

الثمن ص

الـثامنة اذا الخ

تخيير المسلم بين الفسخ والصبر واخذ القيمة

ما يوجب

الانقطاع

ايقاعه بعد الاجل مع العارض موت المسلم اليه قبل الاجل ووجود المسلم فيه وفيها
لو تبين العجز قبل الحلول عن الاداء بعده فيتخير الخيار او يتوقف على الحلول وجهان
اجودهما الثاني لعدم وجود المقتضي الآن اذ لم يستحق شيئا ح **قوله** ولو قبض
البعض كان له الخيار في الباقي وله الفسخ في الجميع **ه** المراد انه يتخير بين ثلثة
اشياء الصبر وانما تركه لوضوحه والفسخ في الجميع هربا من تبعض الصفقة
التي هي عيب اذ المسلم فيه انما هو المجموع وقد تعذر وفي المختلف خاصة لان الذي
تعذر فله الرجوع الى ثمنه لان الصبر ضرر لا يلزم به ولحسنة عبد الله بن سنان
عن ابي عبد الله عليه السلام فان اختار الثالث فالاصح ان للبائع الفسخ ايضا
لتبعض الصفقة عليه ايضا ان لم يكن التأخير بتفريطه والا فلا خيار له ومما
تقدم من التخيير بين اخذ القيمة الآن مع ما ذكر آت هنا **قوله** اذا دفع الى صاحب
الدين عروضا على انها قضاء ولم يساعره احتسب بقيمتها يوم القبض **ه** لان
جعلها قضاء يقتضي كونها من جنس الدين فلما لم يكن عند الدفع الذي هو وقت القضاء
من جنسه فلا بد من احتسابها على وجه يصير من الجنس وذلك باعتبار قيمتها
يومئذ سواء كانت قيمية او مثلية ولو كان الدين من غير النقد الغالب احتسب
ايضا به يوم دفع العرض قضاء ولا يدخل في ملك المدين بمجرد القبض وان
لم يساعره عليه في الموضعين ولا يختص ذلك بباب السلم بل ذكر هذه المسئلة
في باب الدين اولى وهذا الحكم مع الاتفاق عليه مروي في مكاتبة الصفار **قوله**
يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذي هو عليه وعلى غيره **ه** احترز ببعدية الحلول
عما قبله فلا يصح بيعه اذ لا استحقاق للبائع في الذمة ح ويشكل بان حق مالك
الى آخر ما يعتبر في المبيع فينبغي ان يصح بيعه على حالته التي هو عليها وان لم يجز
المطالبة به قبل الاجل وهو خيرة التذكرة وربما اشكل بعدم امكان قبضه الذي هو

الحاق ص

ع

الخلف

الـتاسعة اذا الخ

دفع عرض الى صاحب الدين

عوضا

الـعاشرة يجوز الخ

يجوز بيع الدين بمضمونه

شرط صحة البيع ويندفع بمنع اشتراط امكان القبض حين العقد بل امكانه مطلقا
ويمكن تحققه بعد الحلول كما لو باعه عينا غايبة منقولة لا يمكن قبضها الا بعد
مضي زمان يمكن فيه الوصول اليها ونبه بقوله وعلى غيره على خلاف ابن ادريس
رحمه الله حيث منع من بيعه على غير الغريم وهو ضعيف قوله فان باعه بما هو
حاضر صح وان باعه بمضمون حال صح ايضا وان اشترط تاجيله قيل يبطل
لانه بيع دين بدين وقيل يكره وهو الاشبه ٥ اراد بالحاضر المشخص سواء
كان حاضرا حين العقد ام لا وبالمضمون ما في الذمة ولا اشكال في جواز
بيعه بالمضمون الحال اذ لا يصدق عليه بيع الدين بالدين ولا بيع الكالي
بالكالي لان المراد به ما فسره به اهل اللغة بيع المضمون المؤجل بمثله
واما بيعه بمؤجل فقد ذهب جماعة الى المنع منه اعتمادا على ان المؤجل
يقع عليه اسم الدين وفيه انهم ان ارادوا اطلاق اسم الدين عليه قبل
العقد وحالته فظاهر منعه لانه لا يعد دينا حتى يثبت في الذمة ولا يثبت
الا بعد العقد فلم يتحقق بيع الدين بالدين وان ارادوا انه دين بعد ذلك لزم
مثله في المضمون الحال ولا يقولون ببطلانه واما دعوى اطلاق اسم الدين
على المؤجل قبل ثبوته دون الحال فهو تحكم والحق ان اسم بيع الدين بالدين
لا يتحقق الا اذا كان العوضان معا دينا قبل المعاوضة كما لو باعه الدين
الذي في ذمته بدين آخر له في ذمته او في ذمة ثالث او تبايعا دينين في ذمة
غريم لاحدهما بدين في ذمة آخر غريم للآخر ونحو ذلك لاقتضاء الباء كون الدين
نفسه عوضا والمضمون الذي لم يكن ثابتا في الذمة قبل ذلك لا يعد جعله
عوضا بيع دين بدين واما ما يقال اشترى فلان كذا بالدين من بين
به ان الثمن في ذمته لم يدفعه فهو مجاز يريدون به ان الثمن بقي في ذمته دينا

[الحاشية: بيع الكالي بالكالي — الكالي كالمنع ان تشتري او تبيع دينا لك على رجل بدين له على آخر. قاموس — بيع الدين بالدين]

دينا بعد البيع ولولا ذلك لزم مثله في الحال الا ان الاطلاق فيه ذلك نعم الدين المبيع يطلق
عليه اسم الدين قبل حلوله وبعده فلا بد في المنع من دين آخر يقابله فظهر ان
ما اختاره المص من جواز ذلك على كراهية اوضح وانما ذكره خروجا من خلاف
من منع منه قوله ولو اسلم في غنم وشرط اصواف نعجات معينة قيل يصح
وقيل لا وهو الاشبه ٥ القول بالمنع لابن ادريس وهو مبني على المنع من بيع الصوف
على ظهور الغنم استقلالا بناء على انه موزون لم يعلم كميته وقد تقدم الكلام
فيه وان الاقوى الجواز مع المشاهدة ويمكن بناؤه ايض على اشتراط الاجل
في عقد السلم والاصواف المعينة هنا حالة فيكون بعض السلم حالا وابن
ادريس صرح بالمنع منه ايضا والاصل ممنوع ولو سلم فاشتراط الاصواف
هنا ليس سلما بل شرط فيه وهو جائز كما تقدم في صدر المسئلة من جواز شرط
المعلوم مع السلم وهو هنا كذلك وح فالجواز مع مشاهدة الصوف
وشرط جزه حالا او الاطلاق قوي ولو شرط تاجيل الجز الى اجل السلم فلا بد
اما ان يشترط دخول المتجدد او لا وفي الاول يحتمل الصحة لانه شرط مضبوط
وقد صرح جماعة من الاصحاب بجواز مثل ذلك في الصوف واللبن استقلالا
ونحن فيما سلف شرطنا فيه كون المجهول تابعا ولا اشكال ايضا مع الشرط
وفي الثاني يبنى على امرين احدهما ان شرط تاجيل الثمن اذا كان عينا
هل هو جائز ام لا والحق جوازه بل ادعى عليه في التذكرة الاجماع ومثله
الثمن المعين والثاني ان اختلاط مال البائع بالمبيع هل هو مانع من
صحة البيع ام لا ولا شبهة في عدم منعه وقد تقدم نظيره فيمن اشترى
لقطة او جزة واخر قطعها فامتزجت بمال البائع وح فطريق التخلص
الصلح وهذه الوجوه كلها متوجهة شرعا الا انها غير محررة في كلامهم وانما

[الحاشية: السلف]

ذكروا اصل المسئلة واختلفوا فيها نعم ذكر بعض المتاخرين هنا ان شرط
تاجيل الجز الى اجل السلف باطل قولا واحدا وكانه نظر الى ظاهر ما وقع
فيه الخلاف والا فدعوى الاجماع هنا في حيز المنع قوله ولو شرط ان يكون
الثوب من غزل امراة معينة او الغلة من قراح بعينه لم يضمن ٥ اي لم يصح
السلم فلا يضمن المسلم فيه لان الضمان لازم للصحة فاطلق اللازم واراد
الملزوم ووجه عدم الصحة امكان ان لا يتفق ذلك للامراة بان تمرض او
تموت او تترك العمل امكانا مساويا لنقيضه وكذا القراح يمكن ان يخيس
او يظهر منه ما لا يطابق الوصف والضابط اعتبار ما لا يتخلف عنه المسلم
فيه عادة كالبلد الكبير بالنسبة الى الارض والاهل قوله المقصد الرابع
في الاقالة جعل الاقالة من مقاصد السلف غير حسن فانها لا تختص به بل
ولا بباب البيع لجريانها في ساير العقود المتقومة من الجانبين بالمال فكان
الاولى جعلها قسما براسه بعنوان خاص كالتتمة لباب البيع حيث انه
الركن الاعظم لمتعلقها وابعد منه جعل القرض ودين المملوك من مقاصد
السلف ايضا كما سياتي ولقد كان الصواب كتابا منفردا الا من فصول
البيع ومقاصده فضلا عن السلف قوله وهي فسخ في حق المتعاقدين
وغيرهما ٥ نبه بقوله فسخ على خلاف بعض العامة حيث زعم انها بيع
مطلقا وعلى بعض آخر حيث زعم انها بيع ان وقعت بلفظ الاقالة وفسخ ان
وقعت بلفظه فيلحقها احكامه وبقوله في حق المتعاقدين وغيرهما على خلاف
بعضهم ايضا حيث زعم انها بيع بالنسبة الى الشفيع خاصة فيستحق
الشفعة بها وان كانت فسخا في حق المتعاقدين وبطلانه ظاهر اذ لا يطلق
عليها اسم البيع في جميع الصور وللبيع الفاظ خاص ليست منها وصيغتها

[الحاشية: المقصد الرابع في الاقالة — القايل بانها بيع في حق غير المتبايعين ابو حنيفة وغيره والقايل بالتفصيل بالفسخ وانها بيع ... مطلقا جماعة منهم الشافعي ...]

وصيغتها ان يقول كل منهما تقايلنا او تفاسخنا او يقول احدهما اقلتك
فيقبل الآخر ولا فرق في ذلك بين النادم وغيره ولا يكفي التماس احدهما
عن قبوله ولا يعتبر فيها سبق الالتماس بل لو ابتدا احدهما بالصيغة فقبل
الآخر صح قوله ولا تجوز الاقالة بزيادة عن الثمن ولا نقصان وتبطل بذلك ٥
لما كانت الاقالة فسخا فمقتضاه رجوع كل عوض الى صاحبه فاذا شرط فيها
زيادة او نقصان في احد العوضين فقد شرط فيها ما يخالف مقتضاها
فيفسد الشرط ويترتب عليه فسادها كما في كل شرط فاسد لانهما لم يتراضيا
على الفسخ الا على ذلك الوجه ولم يحصل ولا فرق في المنع من الزيادة والنقيصة
بين العينية والحكمية فلو اقاله على ان ينظره بالثمن او ياخذ الصحاح عوض
المكسر ونحوه لم يصح قوله وتصح الاقالة في العقد وفي بعضه سلما كان او
غيره ٥ نبه بالتسوية بين السلف وغيره على خلاف بعض العامة حيث
منع من الاقالة في بعض السلم لانه يصير سلما وبيعا وقد نهى النبي
صلى الله عليه وآله عنه وبطلانه ظاهر واطلاق الاذن في الاقالة بل
استحبابها يشمل الكل والبعض ومتى تقايلا في البعض اقتضى تقسيط الثمن
على المثمن فيرجع في نصف المبيع نصف الثمن وفي ربعه ربعه وهكذا
قوله لا تثبت الشفعة بالاقالة لانها تابعة للبيع ٥ قد تقدم الكلام
في ذلك وهذا بمنزلة التفريع على ما سبق من الحكم على انها ليست بيعا في
حق المتعاقدين وغيرهما كما ان الحكم فرع الثبوت على ما حكم به قوله
لا تسقط اجرة الدلال بالتقايل لسبق الاستحقاق ٥ اي استحقاق الاجر
فانه كان على السعي المتقدم وقد حصل ومثله اجرة الكيال والوزان و
الناقد قوله فان كان موجودا اخذه وان كان مفقودا ضمن بمثله ان كان

[الحاشية: ابن انس — فروع ثلاثة: الاول لا تثبت — الثاني لا تسقط — الثالث اذا تقايلا]

مثلياً او الابقيمته وفيه وجه آخر ه يدخل في الموجود ما يحصل من الماء منفصل فانه
لا يرجع به بل باصله اما المتصل فيتبع الاصل والولد منفصل وان كان حملاً
او اللبن في الضرع ففي كونه متصلاً نظر واما الصوف والشعر قبل الجز فالظاهر
انه متصل مع احتمال كونه كاللبن ولو وجده معيباً اخذ ارش عيبه مطلقاً
لان الجزء الفائت بمنزلة التالف فيضمن كما يضمن الجميع ولو وقعت الاقالة
بعد ان احدث المشتري حدثاً كما وقع منه باعيان من عنده فهي له ولو كانت
من المبيع فان زاد بفعله كالعمارة فهي للبائع وللمشتري ما زاد بفعله بان يقوم
قبل الاحداث وبعده ويرجع بالتفاوت والمعتبر في قيمة القيمي يوم تلف
العين كنظائره لان الضمان متعلق بالعين ما دامت فاذا تلفت تعلق
بقيمتها يومئذ مع احتمال اعتبار يوم القبض ويوم الاقالة والاعلى والوجه الآخر
الذي اجمله المص هو ان القيمي يضمن بمثله ايضاً وهو ضعيف **المقصد**
الخامس في القرض هو بفتح القاف وكسرها **قوله** وهو عقد يشتمل على ايجاب ه الخ
لا شبهة في اشتراط الايجاب والقبول فيه بالنسبة الى تحقق الملك ان قلنا
انه يملك بهما او بالقبض ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف كان قبله بمنزلة
الاباحة فينبغي ان لا يتوقف على العقد الا ان يقال ان ترتب الاثر بعد التصرف
على الوجه الآتي المغاير للاباحة يتوقف على ما يدل عليه وهو العقد وعلى القول
بالاكتفاء في البيع بالمعاطاة يكتفى بها هنا بطريق اولى من حيث انه عقد جائز
يدخله من الرخص ما لا يدخل في العقد اللازم وعلى هذا فالمعاطاة تفيد فيه اباحة
التصرف كالبيع ولا يتحقق الملك التام الا بالتصرف والكلام في كون الاباحة
محضة او عقداً متزلزلاً كما مر في البيع الا انه يشكل هنا بانه لا معنى للعقد المتزلزل
الا ما يفيد جواز رجوع كل واحد فيه وهذا المعنى حاصل وان كانت الصيغة تامة ويمكن

ضمان القيمي بقيمة العين

المقصد الخامس في القرض

ويمكن ان يدفع ذلك بان معنى جواز كل منهما ليس على حد العقود الجائزة المحضة
كالعارية والوديعة فان الرجوع في تلك يوجب اخذ عين المال بخلافه هنا
فانه انما يفيد وجوب تخلص المقترض من حق المقرض بمطالبته بملك العين او بغيرها
كما سيأتي فليس ذلك في الحقيقة فسخاً للعقد بل مطالبة بالحق الثابت في الذمة نعم
على القول بوجوب رد العين الباقية لو طلبها المالك يتجه كونه عقداً جائزاً
محضاً لكن سيأتي ضعفه ومعه يشكل كونه عقداً جائزاً فانه مطالبة المقرض
للمقترض بما في ذمته متى شاء امر آخر غير كون العقد جائزاً او لازماً **قوله**
او ما يؤدي معناه مثل تصرف فيه او انتفع به وعليك رد عوضه ه من المؤدي لمعناه
خذ هذا او اصرفه او تملكه او ملكتك او اسلفتك ونحوه وعليك رد عوضه
او مثله ونحو ذلك والحاصل ان صيغته لا تنحصر في لفظ كالعقود الجائزة بل
كل لفظ دل عليه كفى الا ان اقرضتك صريح في معناه فلا يحتاج الى ضميمة عليك
رد عوضه ونحوه اليها وغيره يحتاج اليها فلو تركها وكان بلفظ التمليك افاد
الهبة وان لم يطلع على قصده لانه صريح فيها وان كان بلفظ السلم ونحوه كان
فاسداً لا يترتب عليه حكم عقد لانه حقيقة في السلم ولم يجتمع شرائطه وان كان
بغيره من تلك الالفاظ الدالة على الاباحة فهو هبة مع الموجب لها لابدونه
كما سيأتي ان شاء الله تعالى فلو اختلفا في القصد فالقول قوله لانه ابصر بما لو
اختلفا في قصد الهبة مع تلفظه بالتمليك فقد قطع في التذكرة بتقديم قول صاحب
المال محتجاً بانه اعرف بلفظه وان الاصل عصمة ماله وعدم التبرع ووجوب
الرد على الآخذ لقوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ثم
احتمل تقديم دعوى الهبة للظاهر من ان التمليك من غير عوض هبة وتوقف
في القواعد ويشكل ما احتج به على الاول بان لفظ التمليك حقيقة في الهبة لانه

تمام مهيتها الشرعية واما كونه بمعنى القرض فمفتقر الى ضميمة اخرى فيكون جزء منه ومع تمامه
عليه معنى مجازي لا يصار اليه الا بقرينة والفرض انتفاؤها ولا شبهة في ان
دعوى خلاف الظاهر والحقيقة في سائر العقود لا التفات اليها والقصد
وان كان معتبراً الا ان الظاهر في الالفاظ الصريحة اقترانها بالقصد فيحمل الاقرار
عليه ومن هنا اجمعوا على انه لو ادعى عدم القصد الى البيع ونحوه مع تصريحه
بلفظه لم يلتفت اليه وبهذا يظهر ضعف ما في ادلته فان اصالة العصمة
قد انقطعت بما وقع من اللفظ الصريح ومثله القول في الحديث فان مع
وجود السبب الناقل للملك شرعاً الرافع للضمان يخرج موضع النزاع عن ذلك
قوله وعلى قبوله وهو اللفظ الدال على الرضا بالايجاب ولا يختص في عبارة ه
الكلام هنا كما مر في ان ذلك شرط في صحة العقد على وجه يترتب عليه جميع ما
يأتي من آثاره فلا ينافي وقوعه معاطاة على ذلك الوجه وهل يقوم القبول
الفعلي هنا مقام القولي الظاهر ذلك بالنسبة الى اباحة التصرف وفي الاكتفاء
به في تمام الملك نظر وقطع جماعة بالاكتفاء به مطلقاً **قوله** وفيه اجر ه لا شبهة
في ثبوت الاجر فيه لما فيه من معونة المحتاج كما ذكر والمعاونة على البر وكشف
كربة المسلم وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله من كشف عن مسلم
كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيمة و
عن الصادق عليه السلام قال قال النبي صلى الله عليه وآله الف درهم
اقرضها مرتين احب الي من ان اتصدق بها مرة وروي ان درهم
الصدقة بعشرة ودرهم القرض بثماني عشر الى غير ذلك من الاخبار الدالة
على عظم ثوابه وح فتنكير المص للاجر اما للتعظيم من قبيل له حاجب عن كل امر يشينه
او للتكثير من قبيل ان له لابلاً وان له غنماً وفي ظاهر الخبرين نافع وطريق

اي ابلاً كثيراً وغنماً كثيراً ه

اخر للجمع بين الخبرين ان الصدقة التي يضاعف بها الى عشرة اكثر من الصدقة على الارحام
والعلماء والاموات والمرجوحة على غيرها فقد روي انها على اقسام كثيرة
منها ما اجره عشرة ومنها سبعون وسبعمائة الى سبعين الفا وقد روي
ايضاً ان القرض افضل من الصدقة بمثله في الثواب ذكره الشيخ رحمه الله
ونقله في كتب الفقه جماعة منهم العلامة في كتبه وهو يحتمل امرين احدهما وهو
الظاهر ان الجار في بمثله يتعلق بافضل والمعنى ان القدر المقرض افضل من
المتصدق به بمقدار مثله في الثواب فالصدقة لما كان القدر المعروف من
ثوابها المشترك بين جميع افرادها عشرة فيكون درهم القرض مثلاً بعشرين الا
انه يرجع الى ثمانية عشر ويوافق الخبر السالف وذلك لان الصدقة بدرهم
مثلاً لما صارت عشرة وحصلت لصاحبها اخرج درهماً ولم يعد اليه
فالثواب الذي اكتسبه في الحقيقة تسعة فيكون القرض ثمانية عشر لانه
افضل منه بمثله لان درهم القرض يرجع الى صاحبه والمفاضلة انما هو
في الثواب المكتسب وعلى هذا فالجار في قوله في الخبر في الثواب متعلق
بافضل ايضاً لان المفاضلة في الحقيقة ليست الا فيه وان كان الحكم
جارياً على القرض والصدقة الا ان الثواب لازم لهما فالتقدير بمثل المتصدق
به يستلزم التقدير بمثل ثوابه وح فلا يرد ما قيل من انه على هذا التقدير يلزم
استدراك قوله في الثواب لان الافضلية لا تكون الا باعتباره فانه
على تقدير تسليمه يجوز كون القيد لبيان الواقع من قبيل قتل النبيين
بغير حق ويطير بجناحيه ومن ان المتفاضل هو مقدار ثواب المتصدق
به لا مقدار مثله لما بيناه من التلازم بينهما **والامر الثاني** ان الجار في قوله
بمثله متعلق بالصدقة فيكون المعنى ان القرض بشيء افضل من الصدقة

بمثل ذلك وقوله في الثواب متعلق بافضل وح فانما يدل على ... الصدقة على القرض مطلقا لا على تقدير الرجحان وهو محتمل بحسب اللفظ الا ان الاول الطف واوفق بمناسبة الخبر الاخر ويشتمل على تنبيه لطيف وبلاغة في الكلام يناسب حال الكلام الصادر عن مشكاة النبوة التي اوتيت جوامع الكلم واعلم ان تحقق اصل الثواب في القرض فضلا عن افضليته بوجه انما يكون مع قصد المقرض بفعله وجه الله تعالى كما في نظائره من الطاعات التي يترتب عليها الثواب فلو لم يتفق هذا القصد سواء قصد غيره من الاغراض الدنيوية والرياسية ام لم يقصد لم يستحق عليه ثوابا كما لا يخفى **قوله** والاقتصار على رد العوض فلو شرط النفع حرم الاولى كون الاقتصار خبر مبتداء محذوف تقديره وشرطه الاقتصار ونحوه فيكون من عطف جملة اذ لم يتقدم من المفردات ما يحسن عطف هذا المفرد عليه سيما بتفريع قوله فلو شرط النفع حرم عليه فاذا ربط ما سبق به قوله معونة ويعطفه عليها بجرور ايكون علته للاولى وذلك لا يستلزم الحكم بتحريم شرط النفع وهو واضح **قوله** ولو شرط النفع حرم ولم يفد الملك ه هذا الحكم اجماعي ومستنده ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال كل قرض يجر منفعة فهو حرام والمراد مع الشرط اذ لا خلاف في جواز التبرع بالزائد وغيره من الاخبار ولا فرق في النفع بين كونه عينا وصفة ولا بين الربوي وغيره عندنا لاطلاق النصوص ولان الغرض لا لمجرد الارفاق والاحسان بخلاف البيع ومتى فسد العقد لم يجز للمقترض اخذه فلو قبضه كان مضمونا عليه كالبيع الفاسد للقاعدة المشهورة من ان كل ما ضمن بصحيحه ضمن بفاسده خلافا لابن حمزة هنا فانه ذهب الى كونه امانة وهو ضعيف **قوله** نعم لو تبرع المقترض بزيادة في العين او الصفة جاز ه لا فرق في الجواز بين كون ذلك من نيتهما وعدمه ولا بين كونه معتادا وعدمه بل لا يكره قبوله للاصل ولاطلاق النصوص

ايضا وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله اقترض بكرا فرد بازلا رباعيا وقال ان خير الناس احسنهم قضاء وروي مثله كثيرا عن الصادق عليه السلام وبذلك يجمع بين ما تقدم من النهي عن قرض جر منفعة وبين ما روي عن الصادق عليه السلام ان خير القرض الذي يجر المنفعة اذا تقرر ذلك فان كانت الزيادة حكمية كما لو دفع الجيد بدل الردي او الكبير بدل الصغير كما صنع النبي صلى الله عليه وآله ملكه المقترض ملكا مستقرا بقبضه وكان بأجمعه استيفاء وان كانت عينية كما لو دفع اثني عشر من عليه عشرة ففي كون الجميع وفاء كالحكمية بناء على انها وضعا في الذمة غايته كونه متفاضلا وهو جائز بالشرط وهو عدم الشرط او يكون الزائد بمنزلة الهبة فيلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه على بعض الوجوه الاتية التفاتا الى ان الثابت في الذمة انما هو مقدار الحق فالزائد تبرع خالص واحسان محض وعطية متفردة احتمالان فلم اقف فيه على شيء ولعل الثاني اوجه خصوصا مع حصول الشك في انتقال الملك عن مالكه على وجه اللزوم **قوله** ولو شرط الصحاح عوض المكسرة قيل يجوز والوجه المنع ه هذا الشرط جزئي من جزئيات ما تقدم فساد شرطه في القرض والقول بالجواز هنا واخراج هذا الفرد من القاعدة للشيخ رحمه الله في النهاية وتبعه عليه جماعة استنادا الى صحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة فياخذ منه الدراهم الطازجة طيبة بها نفسه قال لا بأس وذكر ذلك عن علي عليه السلام والحكم بعيد عن الدلالة على المدعى اذ ليس فيه انه شرط ذلك فيحمل على ما لو لم يشرط بل الظاهر منها ذلك جمعا وقد تقدم جواز اخذ الزائد قدرا ووصفا مع عدم الشرط وح فالقول ضعيف والمراد بالطازج الخالص وبالغلة غيره وقد تقدم في الصرف

الثاني ما يجوز اقراضه وهو

قوله فيجوز اقراض الذهب والفضة وزنا والحنطة والشعير كيلا ووزنا ه الضابط في المثلي اعتبار ما يعتبر في السلم من الكيل والوزن والعدد فيجوز اقراض الكيلي وزنا لانه اضبط والموزون كيلا مع عدم الاختلاف المؤدي الى الجهالة بان يكون قطعا كبارا يتجافى في المكيال ونحو ذلك وح فلو اقرض المقدر غير معتبر لم يفد الملك ولم يجز التصرف فيه وان اعتبر بعد ذلك ولو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه وتخلص منه بالصلح كما هو وارد في كل ما يجهل قدره وسيأتي الخلاف في بعض الموارد التي لا يصح السلم فيها لعدم انضباطها بالوصف **قوله** والخبز وزنا وعددا ه لا شبهة في جواز اقراض الخبز وزنا لانضباطه وانما الكلام في العدد فعندنا انه جائز ايضا للعادة ولرواية الصباح بن سيابة عن الصادق عليه السلام ويظهر من التذكرة انه عندنا اجماعي ويغتفر التفاوت اليسير المتسامح بمثله عادة ومثله الجوز والبيض وشرط في الدروس في جواز اقراض الخبز عددا عدم علم التفاوت والا اعتبر وزنا وينبغي تقييده بتفاوت لا يتسامح به عادة لا مطلق التفاوت لتحققه غالبا والرواية مصرحة بالجواز معه **قوله** وكل ما يتساوى اجزاؤه يثبت في الذمة مثله كالحنطة ه اشار بذلك الى ضابط المثلي وهو ما يتساوى اجزاؤه في القيمة والمنفعة ويتقارب صفاته بمعنى ان قيمة نصفه تساوي قيمة النصف الآخر ويقوم مقامه في المنفعة ويقاربه في الوصف وهكذا كل جزء بالنسبة الى نظيره لا مطلقا وذلك كالحبوب والادهان وقد جرت العادة بتحقيق ذلك في باب الغصب الا ان المصنف رحمه الله اشار هنا الى الفرق لمكان الحاجة اليه ولا خلاف في اعتبار المثل في المثلي مع وجوده ومع تعذره ينتقل الى القيمة وفي اعتبارها يوم القرض او التعذر او المطالبة اوجه اوجهها

الاخير لانه وقت الانتقال الى القيمة اذ الثابت في الذمة انما هو المثل الى ان يطالب به ووجه الاول سبق علم الله بتعذر المثل وقت الاداء فيكون الواجب هو القيمة وضعفه ظاهر اذ لا منافاة بين وجوب المثل وقت القرض طردا للقاعدة الاجماعية والانتقال الى القيمة عند المطالبة لتعذره ووجه الثاني انه وقت الانتقال الى القيمة لعدم وجوب الدفع فيستصحب الواجب الى ان يجب دفعه بالمطالبة فحيث لم يوجد الآن ينتقل الى قيمته **قوله** وما ليس كذلك يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم ولو قيل يثبت مثله ايضا كان حسنا ه الكلام هنا في موضعين احدهما ان الواجب في عوض القيمي وهو ما يختلف اجزاؤه في القيمة والمنفعة كالحيوان ما هو فيه اقوال احدها وهو المشهور قيمته مطلقا لعدم تساوي جزئياته واختلاف صفاته فالقيمة فيه اعدل وهو قول الاكثر وثانيها ما مال اليه هنا ولعله افتى به الا انه لا قائل به من اصحابنا كما يشعر به قوله ولو قيل وهو ضمانه بالمثل مطلقا لان المثل اقرب الى الحقيقة وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم اخذ قصعة امرأة كسرت قصعة اخرى وحكم بضمان عائشة اناء حفصة وطعامها لما كسرته وذهب الطعام بمثلهما والجران غاميان ومع ذلك فهما حكاية حال لا تعم فلعل الغريم رضي بذلك ومورده مطلق الضمان وعورضا بحكمه صلى الله عليه وآله بالقيمة في معتق الشقص وثالثها ضمان المثل الصوري فيما يضبط الوصف وهو ما يصح السلم فيه كالحيوان والثياب وضمان ما ليس كذلك بالقيمة كالجواهر والقسي اختاره في التذكرة محتجا على الاول بان النبي صلى الله عليه وآله استقرض بكرا ورد بازلا وانه استقرض بكرا فامر برد مثله وفيه على تقدير صحة السند ان مطلق الدفع اعم من الوجوب ولا شبهة في جواز ذلك

مع التراضي كيف وقد زاده خيرا فيما دفع وما امر به لو لم يقنع اذ لم ينقل لك ...
على تحقق البرآءة به بل يجوز كونه مشروطا بالتراضي والاقوى المشهور والثاني
على اعتبار القيمة مطلقا او على بعض الوجوه فالمعتبر قيمته وقت التسليم على ... الخلاف
المص هنا لانه وقت الملك لما سيأتي ان الاقوى تحققه بالقبض فيكون ... وقت
الثبوت في الذمة وقيل وقت القرض ذكره الفاضل في القواعد وعلله الشارح بما
ذكرناه سابقا من انه وقت الثبوت في الذمة وليس بواضح اذ لا انتقال اليها
قبل القبض عنده ولعله تجوز في اطلاق القرض على القبض بناء على الغالب من
اتصال القبض باللفظ الدال على القرض الذي هو الايجاب ومن ان القبض هو
القبول بناء على الاكتفاء بالفعلي كما اختاره وهو الغالب في العادة فيكون القرض
مستلزما للقبض عادة او غالبا وقيل الاعتبار بالقيمة وقت التصرف بناء على
انتقال الملك له وسيأتي ولا اعتبار بقيمته يوم المطالبة هنا قولا واحدا الا
على القول بضمانه بالمثل وتعذر فيعتبر يوم المطالبة كالمثلي على اصح الاقوال وقد تقدم

قوله ويجوز اقراض الجواري لا خلاف عندنا في جواز اقراض الجواري للاصل
والضبط وجواز السلف فيهن فجاز قرضهن كالعبيد وخالف في ذلك بعض
العامة مع اطباقهم على جواز اقراض العبد والجارية التي لا تحل للمقترض وطؤها
بنسب او رضاع او مصاهرة وحيث جاز اقراضها يحل وطؤها بالقبض كما
يباح غيره من المنافع ان قلنا بانتقال الملك بالقبض ولو اوقفناه على التصرف
لم يحل ولو كانت ممن ينعتق عليه عتقت ايضا بناء على ذلك واما ارتجاعها بعد
الوطي مع بقاء المماثلة فيبنى على ما سلف من ضمان القيمي بمثله او بقيمته والحكم
بالجواز لورد العين لان الانتقال الى القيمة انما وضع بدلا عن العين فاذا امكنت
ببدل المقترض كانت اقرب الى الحق من القيمة وكذا القول في غيرها **قوله** وهل يجوز اقراض

وكذا القول في غيرها وسيأتي الكلام فيه

اقراض اللآلي قيل لا وعلى القول بضمان القيمة ينبغي الجواز القول بعدم الجواز للشيخ رحمه الله
في المبسوط بناء على ان الوصف لا يضبط وهو يتم على القول بوجوب المثل
بمثل ذلك اما على القول بالقيمة فيه او مطلقا فالقول بالجواز اجود لانضباطه
بالقيمة فعلى هذا هل يعتبر في صحة القرض العلم بالقيمة لينضبط حالة العقد فلك
ذلك منزلة تقدير ما يقدر بالكيل والوزن ام يكفي في جواز اقراضه مشاهدته على حد
ما يعتبر في جواز بيعه ويبقى اعتبار القيمة بعد ذلك امر ورا والصحة على المقترض
فيحتاط في معرفتهما مراعاة لبرآءة ذمته حتى لو اختلفا في القيمة فالقول قوله وجهان
واطلاق كلام الاصحاب يدل على الثاني والاول اوجه وربما كان به قائل **قوله**
القرض يملك بالقبض لا بالتصرف لانه فرع الملك فلا يكون مشروطا به هذا هو المشهور
بين الاصحاب وكثير منهم لم يذكر فيه خلافا وقيل لا يملك الا بالتصرف ونسبه الشهيد
رحمه الله في بعض حواشيه الى الشيخ وحكى الآخر بلفظ قيل ووجه الاول ما اشار اليه المص
من ان التصرف فرع الملك وتابع له فيمتنع كونه شرطا فيه فاللازم كون الشيء الواحد
سابقا على آخر ولاحقا له وهو دور وقد توجه بوجه آخر وهو ان التصرف فيه لا يجوز
حتى يصير ملكا لقبح التصرف في مال الغير ولا يصير ملكا له حتى يتصرف فيه فيلزم
توقف التصرف على الملك والملك على التصرف وفيه نظر واضح لمنع تبعية التصرف
للملك مطلقا وتوقفه عليه بل يكفي في جواز التصرف اذن المالك فيه كما في غيره من
المأذونات ولا شك ان الاذن للمقترض حاصل من المالك بالايجاب المقترن
بالقبول فيكون ذلك سببا تاما في جواز التصرف وناقصا في افادة الملك بل التصرف
يحصل تمام سبب الملك ان كان التصرف غير ناقل للملك والتفينا به فالامر واضح
وان كان ناقلا افاد الملك الضمني قبل التصرف بلحظة يسيرة كما في العبد المأمور بعتقه عن الآمر
غير المالك بل نقل في الدروس ان هذا القائل يجعل التصرف كاشفا عن سبق الملك

مطلقا وعلى هذا فلا اشكال من هذا الوجه ويوهن هذا القول اصالة بقاء الملك
على اصله الى ان يثبت المزيل وان هذا العقد ليس تبرعا محضا اذ يجب فيه
البدل وليس على طريق المعاوضات فيكون كالاباحة بشرط العوض لا يتحقق
الملك معه الا مع استقرار بدله وكالمعاطاة ومع ذلك كله فالعمل على
المشهور بل لا يكاد يتحقق الخلاف وتظهر فائدة القولين في جواز رجوع المقرض
في العين ما دامت باقية ووجوب قبولها لو دفعها المقترض وفي النماء قبل التصرف
ان قلنا بكون التصرف ناقلا للملك حقيقة او ضمنا فانه للمقرض على المشهور والا
على الآخر ولو قلنا بالكشف احتمل كونه كذلك بمعنى كون التصرف كاشفا عن سبق
الملك قبله بلا فصل كالملك الضمني وعكس بل هو الظاهر انه يريد به كونه كاشفا
عن سبق الملك من حين القبض فالنماء للمقترض على القولين وتظهر الفائدة ايضا
في نفقته لو كان حيوانا وفي وقت انعتاقه لو كان ممن ينعتق على المقترض وفي
جواز وطي الامة اذ لم يحصل ما يفيد التحليل ولم يتحقق الملك ووطي المالك ممنوع
فيها بخلاف غيره من التصرفات مع احتمال جواز الوطي على القولين كما لو
اشترى الامة معاطاة اذا تقرر ذلك فالمراد بالتصرف الموجب للملك على هذا
القول ليس في كلام اصحابنا تصريح بشيء وكان الباعث على عدم الاهتمام بشأن
القول ليفرع عليه ولكن تعليله يشعر بالمراد بالتصرف المتلف للعين او الناقل
للملك كما يستفاد من جعله اباحة اتلاف مضمون ويظهر من الشهيد رحمه الله
في بعض تحقيقاته ان المراد مطلق التصرف وان لم يزل الملك لانه علل في دروسه
القول بما يأبى ذلك وفي التذكرة نقل عن الشافعية في التصرف اوجه الاول
والثاني ما ذكرناهما والثالث كل تصرف يستدعي الملك فلا يكفي الرهن على الثالث
ويكفي هو والاجارة وطحن الطعام وخبز الدقيق وذبح الشاة على الثاني ويكفي

البيع والاعتاق والاتلاف على الجميع ولم يرجح شيئا منها **قوله** وهل للمقرض ارتجاعه قيل
نعم ولو كره المقترض وقيل لا وهو الاشبه لان فائدة الملك التسلط الحكم هنا مبني
على الخلاف السابق فان قلنا يملك بالقبض فهل يمكن القول بذلك ظاهر القواعد العدم
لانه جعل هذه المسألة متفرعة على ملك ... ويظهر من المص هنا ان
الخلاف في هذه المسألة جار وان قلنا يملك بالقبض وهذا هو الظاهر ونتيجة
المسألة انه على القول بملكه بالقبض لو طلب المقرض عين ماله مع بقائها يلزم اجابته
قال الشيخ رحمه الله محتجا بانه عقد يجوز الرجوع فيه كالهبة في موضع الجواز وهذا
التعليل ظاهر في كونه متفرعا على ملك المقترض كالهبة وجوابه المنع من المساواة
فان ملك المقترض العين يقتضي تسلطه عليها واللازم له انما هو العوض فيتخير
فيه ولا يلزم ثبوت التخيير في الهبة بدليل خارج الحاق غيرها بها ويمكن تعليله ايضا
بالاتفاق على ان القرض عقد جائز ومن شأن العقد الجائز ان من اختار فسخه
رجع الى عين ماله لا الى عوضه كالهبة والبيع بخيار فلو جاز فسخ العوض من دون
اخذ العين لادى الى لزومه لان العوض الثابت في الذمة في الحقيقة هو
اخذ العوضين في هذه المعاملة من قبل المقرض والعوض للآخر هو العين
المنتقلة من المقرض ومقتضى فسخ العقد الجائز بالاصل او بالعارض ان يرجع
كل منهما الى عوضه مع بقائه والى بدله مع تلفه فخروج هذا العقد عن هذا مع
جوازه لا وجه له واما رجوعه بالعوض الذي في ذمة المقترض بالقبض فهو احد عوضي
المعاوضة كما ذكرناه وانحصار الحق فيه انما يناسب لزوم المعاوضة لا جوازها
وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه نعم في التذكرة لما نقل عن بعض الشافعية القول
بجواز الرجوع في العين محتجا بان المقرض يتمكن من اخذ بدل حقه فلان يتمكن من
مطالبته بعينه اولى ولا ينافيه ملك غيره له كما يرجع الواهب في الهبة اجاب

بانّ القبض اوجب الانتقال الى الذمة كما يملك البايع الثمن بعد البيع وليس له
الرجوع فى العين قال والفرق بينه وبين الهبة انّ الواهب ليس له الرجوع على
المتهب بعوض الهبة بخلاف القرض انتهى وانت خبير بجواب هذا كله اذا
احطت بما حررناه واستشهاده على ذلك بالبيع عجيب فانّ البيع من العقود
اللازمة بخلاف القرض ولو فرض جوازه كالبيع بخيار فانّ الفاسخ يرجع الى
عين ماله كما بيّناه ويصير مناسبا للقرض لا مما استشهد به واما فرقه بينه وبين
الهبة بما ذكره فهو حق الا انه لا يفيد المطلوب لانّ الهبة عطية محضة لا يقابلها
من الجانب الآخر عوض لازم بخلاف القرض فاذا رجع الواهب فى الهبة لا محال
له الا فى عين ماله واذا رجع المتهب تعيّن عليه ردّ العين ليس غيرها بخلاف
القرض فانّ هناك عوضا هو المثل ومعوّضا وهو العين فمن فسخه رجع الى حقه
وقد تعلّك ايضا بان الانتقال الى المثل او القيمة انما كان لتعذر العين ولو بالملك
فاذا امكن الرجوع الى العين بفسخ الملك حيث يمكن لا يعدل عن الحق الى بدله
هذا غاية ما يوجه به هذا القول ويمكن الاحتجاج للمشهور بناء على الملك بالقبض
بانّ الاصل فى ملك الانسان ان لا يتسلط عليه غيره الا برضاه والثابت بالعقد
والقبض للمقرض انما هو البدل فيستصحب الحكم الى ان يثبت المزيل ولا سند له
يعتدّ به الا كون العقد جائزا يوجب فسخه ذلك وفيه منع ثبوت جوازه بالمعنى
الذى يدّعيه اذ لا دليل عليه وما اطلقوه من كونه جائزا لا يعنون ذلك لانه
قد عبّر به من ينكر هذا المعنى وهو الاكثر وانما يريدون بجوازه تسلط المقرض
على اخذ البدل اذا طالب به متى شاء واذا ارادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة
فى الاصطلاح وان كان مغايرا لغيره من العقود الجائزة من هذا الوجه وح
فلا اتفاق على جوازه بمعنى يثبت به المدعى ولا دليل صالحا على ثبوت الجواز

بالمعنى المشهور فى العقود الجائزة وما ثبت فى الذمة حكمها الى ان ثبت خلافه
وهذا هو الوجه **قوله** لو شرط التأجيل فى القرض لم يلزم ه اى شرط تأجيل مال القرض
فى عقده ويمكن ان يريد ما هو اعم بان يشترط فى عقد القرض تأجيل مال حال سواء كان
القرض ام غيره والحكم فيهما واحد لانّ عقد القرض كما مرّ من العقود الجائزة لا يلزم
ما يشترط فيها وتجى على ما قررناه من لزومه على ذلك الوجه احتمال لزوم هذا الشرط
مضافا الى عموم قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم وغير ذلك مما
دلّ على لزوم ما شرط فى العقد اللازم اذ ليس هذا العقد على حدّ العقود الجائزة
ليقطع فيه بعدم لزوم الشرط ولا على حدّ اللازمة ليلحقه حكمها ويمكن على هذا ان
يرجع الى عموم الادلة على لزوم الالتزام بالشروط والوفاء بالعقود ولو شرط
تأجيله فى غير القرض من العقود اللازمة بان باعه شيئا وشرط عليه تأجيل قرض
الى شهر مثلا فالاقوى لزومه ووجوب الوفا به لما تقدم من عموم الامر بالوفا
بالعقود والشروط وهى كالجزء منها وقيل لا يلزم الوفا بها بل يقلب العقد اللازم
جائزا بمعنى انّ المشروط عليه لو اخلّ بالشرط تسلّط الآخر على فسخ العقد المشروط
فيه وجعلوا ذلك قاعدة كلية هى انّ شرط الجائز فى اللازم يقلب اللازم جائزا
ومثله شرط اللازم فى اللازم واللزوم مطلقا اجود وقد تقدم البحث فيه نعم
لو امتنع من شرط عليه من الوفا بالشرط ولم يمكن اجباره تسلّط المشروط له
على الفسخ الا انّ هذا الامر العارض للعقد لا ينافى لزومه فى اصله وبذلك يجمع
بين الادلة والحقين **قوله** وكذا لو اجّل الحال لم يتأجل وفيه رواية مهجورة تحمل
على الاستحباب ولا فرق بين ان يكون مهرا الخ ه المراد بتأجيل الحال ان يعبّر صاحب
الدين بعبارة تدلّ عليه من غير ذكره فى عقد كما مرّ بان يقول اجّلتك فى هذا
الدين مدة كذا ووجه عدم اللزوم بذلك واضح اذ ليس ذلك بعقد يجب الوفا به

بل هو وعد يستحب الوفاء به والرواية المذكورة رواها الحسين بن سعيد محصّلها
انّ من مات وقد اقرض الى اجل حلّ وهى مشعرة بجواز التأجيل وحملها على المذهب
كما قلناه اولى واشار بالتسوية بين الامور المذكورة الى خلاف بعض العامة
حيث ذهب الى ثبوت التأجيل فى ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض
الخلع دون القرض وبدل المتلف والى خلاف آخرين منهم الى ثبوته فى الجميع
قوله نعم يصح تعجيله باسقاط بعضه ه مع تراضيهما بذلك وكما يعتبر التراضى
فى اسقاط البعض يعتبر فى تعجيله بغير اسقاط لانّ الاجل ايضا حق لهما لتعلق
غرض كل منهما به فانّ التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر بالقبض
لخوف ونحوه وبالنسبة الى الآخر واضح لكن اسقاط الاجل يكفى فيه مجرد الرضا
واما اسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك كما تقتضيه ظاهر اطلاقهم ويكون
الرضا بالبعض قائم مقام الابراء فانه كما يظهر من تضاعيف كلامهم فى مواضع
متفرقة انه لا يختص بلفظ وفى كتاب الجنايات يتحقق بلفظ العفو ونحوه فيكون
هذا منه ويحتمل قويا توقف البراءة على لفظ يدلّ عليه صريحا كالبراءة والاسقاط
والعفو والصلح لا مطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى ان يتحقق المزيل له
شرعا **قوله** من كان عليه دين وغاب صاحبه غيبة منقطعة يجب ان ينوى
قضاءه وان يعزل ذلك عند وفاته ويوصى به ليوصل الى اربابه الخ ه وجوب
نية القضاء ثابت على كل من عليه حق سواء كان ذو الحق غائبا ام حاضرا لانّ
ذلك من احكام الايمان كما قالوا فى العزم على الواجب فى الوقت الموسع
لا لكونه بدلا عن التعجيل وانما ذكر الوجوب مع الغيبة المنقطعة تاكيدا
وليس المراد انه يجب تجديد العزم السابق ح لعدم دليل على هذا الوجوب واما
وجوب العزل عند الوفاة فهو مناسب لتميز الحق وابعد عن تصرف الورثة فيه

فيه وربما قيل بوجوب العزل عند اليأس من الوصول اليه وان لم يحضر الوفاة وهو احوط
فاما العزل عند الوفاة فظاهر كلامهم خصوصا على ما يظهر من الخ انه لا خلاف فيه
وان امكن تطرق القول بعدم الوجوب لاصالة البراءة مع عدم النص **قوله**
ولو لم يعرفه اجتهد فى طلبه ومع اليأس يتصدق به عنه على قول ه المعتبر فى
الاجتهاد هنا بذل الوسع فى السؤال عنه فى الاماكن التى يمكن كونه او خبره بها
ويتم كذلك على وجه لو كان لظهر فاذا يئس منه قال الشيخ رحمه الله تصدق به عنه
وتبعه عليه جماعة من الاصحاب وتوقف فيه المص هنا والعلامة فى كثير من كتبه
لعدم النص على الصدقة ومن ثم ذهب ابن ادريس الى عدم جوازها لانه
تصرف فى مال الغير بغير مأذون فيه شرعا ولا شبهة فى جوازه انما الكلام فى تعيينه
ووجه الصدقة انها احسان محض بالنسبة الى المالك لانه ان ظهر ضمن له
عوضا ان لم يرض بها والا فالصدقة انفع له من بقائها المعرض لتلفها بغير تفريط
المؤدى الى سقوط حقه وقد قال الله تعالى وما على المحسنين من سبيل ه خصوصا
وقد ورد الامر بالصدقة فى نظائر كثيرة لها فالعمل بهذا القول اجود خصوصا
مع تعذر قبض الحاكم لها اما معه فهو احوط وحيث يمكن مراجعته فهو اولى
من الصدقة بغير اذنه وان كان جائزا لانه ابصر بمواقعها ومصرفها مصرف
الصدقة المندوبة وان وجبت على المديون او وارثه بالعارض فانه
بمنزلة الوكيل والوصى الذى يجب عليه الصدقة وان كانت فى اصلها
مندوبة وقد عرفت انه يضمن مع ظهور المالك وعدم رضاه بها ولو دفعها
الى الحاكم فلا ضمان وان تلفت فى يده بغير تفريط ولم يرض المالك اما مع ابقائها
معزولة فى يده او يد وارثه فينبغى ان يكون حكمها حكم ما لو كانت فى يد الحاكم
لانّ الاذن الشرعى فى عزلها يصيّرها امانة فى يده فلا يتبعه الضمان مع احتماله

الرابعة الدين

لانّ الامانة هنا شرعية لا مالكية والامانة الشرعية قد يتبعها الضمان **قوله** الدين لا يتعين لكا الصاحبه الا بقبضه فلو جعله مضاربة قبل قبضه لم يصح هذه المسئلة بباب المضاربة اليق وانما ذكرها هنا لمناسبة ما والحاصل انّ المضاربة لا تصح الا بعين المنقدين فلا تصح بالدين وان كانت المضاربة للمديون لانّ ما في الذمة وان كان مقبوضا او بمنزلته الا انّ شرط المضاربة تشخصه لا كونه مقبوضا على وجه كلي كالدين وح تقع المضاربة باطلة فان كان العامل هو المديون ثم ميزه واتجر به فالربح كله له لان المال لم يتعين للمالك بتعيينه اذ لم يجعله وكيلا في التعيين وانما جعل معه مضاربة فاسدة وان كان ثالثا فالربح للمالك لانه وكيل المالك في قبض الدين فيتعين بتعيين المديون وقبض الوكيل ولا يرد ان فساد المضاربة يستلزم فساد القبض لانه تابع لها لمنع الملازمة فانّ فساد المضاربة انما يقتضي فساد لوازمها وقبض المال من المديون امر آخر وراء المضاربة واحكامها فيكون بمنزلة الوكيل الى قبض المال والمضاربة بالنسبة الى العمل فيبطل متعلق المضاربة خاصة كما لو جمع في عقد واحد بين شيئين فيفسد احدهما فانه لا يقتضي فساد الآخر وح فيكون للعامل اجرة المثل كما هو مقتضى المضاربة الفاسدة مع جهله والربح للمالك مع اجازته الشراء بالعين ولو كان الشرا في الذمة فالربح للعامل ان نوى الشرا لنفسه والا فلا **واعلم** انّ الفرق بين المديون والثالث حيث صححوا قبضه دونه نظر لانّ المضاربة الفاسدة ان اقتضت وكالة في القبض خارجة عن حقيقتها فليكن في المديون كذلك فانّ الصيغة انما اقتضت المعاملة على الدين الذي في الذمة وكما لا يمكن الاجنبي العمل به ما دام في الذمة لانه امر كلي لا وجود له في الخارج فاقتضى ذلك الاذن له في قبضه الذي زعموا كونه وكالة كذلك نقول في المديون فانه لا يمكنه العمل بنفس

الخامسة الذمي

بنفس دين المالك الذي في ذمته بل لا بد من افرازه والشراء به كما سيأتي من انّ العامل لا يصح له ان يشتري الا بالعين وح فالمضاربة الفاسدة ان كانت مجامعة للوكالة في تعيين المال فهي واقعة في الموضعين والا فلا وايضا فكون ذلك امرا خارجا عن مقتضيات المضاربة في محل النظر بل الظاهر انه بعض لوازمها وتوابعها فينبغي ان يتبعها في الفساد **قوله** الذمي اذا باع ما لا يصح للمسلم تملكه كالخمر والخنزير جاز دفع الثمن الى المسلم عن حقه التقييد بالذمي لاخراج الحربي اذ لا يجوز اخذ ثمن ذلك منه لعدم اقرار الشريعة له على ذلك ولا بد من تقييد الذمي بكونه مستترا في ذلك كما هو مقتضى اقرار الشريعة فلو تظاهر به لم يجز **قوله** اذا كان لاثنين مال في ذمم ثم تقاسما بما في الذمم فكل ما يحصل لهما وما يتوى منهما المراد ان قسمة ما في الذمم غير صحيحة وعبر عن البطلان بلازمه وهو كون الحاصل لهما والذاهب عليهما والحيلة في تصحيح ذلك ان يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد اعطاؤها صاحبه ويقبل الآخر بناء على صحة الحوالة ممن ليس في ذمته دين ولو فرض سبق دين له فلا اشكال في الصحة ولو اصطلحا على ما في الذمم بعضا ببعض فقد قرر في الدروس صحته وهو حسن على اصالته ويتوى في قول المص بالتاء المثناة من فوق بمعنى يهلك تقال توي المال بكسر الواو ويتوى اذا هلك **قوله** اذا باع الدين باقل منه لم يلزم المدين ان يدفع الى المشتري اكثر مما بذله على رواية الروايات رواها محمد بن الفضل عن الرضا عليه السلام وقريب منها روى ابو حمزة عن الباقر عليه السلام وانما اقتصر المص على رواية واحدة لانّ الثانية ليست صريحة في المطلوب وعمل بمضمونها الشيخ رحمه الله وتبعه على ذلك ابن البراج والمستند ضعيف مخالف لاصول المذهب ولعموم الادلة واطلاقها من الكتاب والسنة وربما حملتا على الضمان مجازا لانه معاوضة يشبه البيع او على فساد البيع

فيكون دفع ذلك الاول مأذونا فيه من البائع في جملة ما دفع ويبقى الباقي لمالكه والاقوى انه مع صحة البيع يلزمه دفع الجميع ولا بد من رعاية السلامة من الربا ورعاية شروط الصرف لو كانا اثمانا ولو وقع ذلك بصيغة الصلح صح ايضا وسلم من اعتبار الصرف لا من الربا على الاقوى فيهما لدخول الربا في كل معاوضة عملا باطلاق الرواية واختصاص الصرف بالبيع ومنع ابن ادريس عن بيع الدين على غير من هو عليه مطلقا وهو ضعيف **قوله** الموضع

الفصل السادس في دين المملوك

السادس في دين المملوك لا يجوز للمملوك ان يتصرف في نفسه باجارة ولا استدانة ولا غير ذلك من العقود الى قوله ولو حكم له بملكه جعل الاجارة تصرفا في نفسه واخرج الاستدانة ونحوها من العقود الموجبة لجعل ذلك في ذمته فوجه الحاقه بالتصرف في نفسه انه يجعل نفسه مديونا ففيه مناسبة للتصرف فيها بوجه وانما لم يجز التصرف فيما في يده على تقدير الحكم بملكه له لانه على ذلك التقدير محجور عليه كما سيأتي فلا ينفذ تصرفه بدون اذن المولى **قوله** وكذا لو اذن له المالك ان يشتري لنفسه وفيه تردد لانه يملك وطي الامة المبتاعة مع سقوط التحليل في حقه لا بد قبل الكلام على العبارة من تحرير المسئلة فنقول اذا اذن السيد لعبده في ان يشتري لنفسه اي لنفس العبد فهل يصح هذه الاذن بمعنى وقوع الشرا للعبد ام لا يصح يبنى على انّ العبد هل يمكن ان يملك مثل هذا ام لا والاصح العدم فاذا لم نقل بملك العبد واشترى هل يقع الشرا للسيد ام لا يحتمل الاول لانّ الشرا لنفسه تضمن امرين الاذن في الشرا وتقييده بكونه لنفسه فاذا بطل القيد بقي المطلق لانّ المطلق جزء المقيد فيقع للمولى لانه اذن في الابتياع في الجملة ولهذه المسئلة نظائر كثيرة في الفقه وغيره يدعي انّ المقيد يدل على المطلق من الجهة التي اشرنا اليها ويحتمل الثاني لانّ الاذن في الشرا

الثالث عشر

في الشرا لنفسه وقع فاسدا فلا يترتب على صحة البيع ونمنع من كون المقيد يدل على المطلق فانّ الاذن انما تعلق بامر واحد وهو المقيد المخصوص بالعبد بحيث لم يصح كان الابتياع باطلا لانه غير مأذون فيه فلا يتم ملكا للمولى لانه لم يأذن فيه على هذا الوجه وهذا هو الاقوى ثم على القول بوقوعه للمولى لو كان المبيع امة هل يستبيح العبد بضعها بهذه الاذن قيل نعم لاستلزام الاذن من المولى له في الشرا لنفسه الاذن له في الوطي لانها اذا كانت مملوكة للعبد كان جميع التصرفات له حلالا ومن جملتها الوطي فاذا بطل الاذن الاول لعارض وهو عدم اهليته لملك الرقبة بقي الباقي الداخل ضمنا او التزاما لانّ العبد اهل للاباحة كما يستبيح الامة التي يأذن له فيها المولى فاستباحة الوطي تلك الاذن لا من حيث الملك بل لاستلزامه الملك ويضعف بالمأذون فيه هو الشرا لنفسه فان تحقق استلزام اباحة التصرفات اما الاذن في التصرف مع كونه غير مالك للرقبة فغير حاصل ومن الجائز رضا المولى بكون العبد يطأ امة نفسه ولا يرضى بوطئه امة المولى فلا ملازمة بين الامرين فاذا لم يقع الشرا للعبد لم يستبح الوطي وهذا هو الاقوى وح فاستباحة العبد وطي الامة المذكورة ضعيف مبني على ضعيف وهو وقوع الشرا للمولى فهو ضعيف في ضعيف اذا تقرر ذلك فلنعد الى العبارة فنقول المشبه به المشار اليه بذا في قوله وكذا لو اذن له المالك لا يجوز ان يكون هو الحكم السابق الذي حاصله انه لا يجوز التصرف المذكور الا باذن سيده لانه يصير التقدير انه لا يجوز شراء المأذون في شرائه لنفسه الا بالاذن وظاهر فساده لانّ المفروض تحقق الاذن وايضا فالاشكال واقع مع الاذن كما قد عرفت بل الاولى كون المشبه به هو اصل الحكم مجردا عن الاستثناء وهو عدم جواز تصرف العبد فيصير التقدير وكذا لا يجوز تصرفه لو اذن له سيده ان يشتري

لنفسه لكن يبقى فيه اجمال من حيث انه مع عدم الجواز هل يقع باطلا من راس او يقع للمولى وظاهر الاطلاق الاول ثم قوله وفيه تردد اى فى الحكم المذكور وهو عدم جواز شراء ما اذن فى شرائه لنفسه وجعل منشاء التردد انه اى ان العبد يملك وطى الامة المبتاعة وهذا يحتمل امرين احدهما ان يريد بالامة المبتاعة التى يبيح وطيها هى هذه المأذون فى شرائها لنفسه وتوجيه التردد ح ان فى عدم الصحة على هذا التقدير تردد من حيث ان المأذون فيه لو كان ابتداء مالك وطيها فلا يقع الاذن لاغية بحيث يطلق فيما تضمنته عدم الجواز ولا يخفى فساد هذا المعنى فانه عين المتنازع فكيف يجعل منشاء التردد والثانى ان يريد بالامة المبتاعة التى ابتاعها العبد للمولى مع الاذن فى وطيها بان يوكلها المولى فى ان يشترى امة يطاها وهذه لا اشكال فى وطيها من الجهات المتقدمة فان شراء العبد لمولاه صحيح واباحة المولى له وطى امته صحيح ايضا واذا كانت الاذن الضمنية المتقدمة تفيد اباحة الوطى على قول المعتبر مع فساد ما دخلت فى ضمنه فكيف الاذن الصريح مع صحة الشراء المضموم اليه الاذن ووجه كون هذا منشاء التردد فى المسئلة المذكورة ان المسئلة اقتضت باطلاقها ان اذن المولى له ان يشترى لنفسه غير صحيح فردد المص فى اطلاق عدم الصحة من حيث انه قد تصح فى بعض الصور وهى المذكورة وفيه ان المتردد فيه الشراء لنفسه لا الاباحة وابن هذا من ذاك ثم ان فى صحة الاذن فى المثال نظرا من حيث انه اذن فى ما لا يملكه المولى حين الاذن فيمكن القدح فى الصحة ثم قول المص بعد ذلك مع سقوط التحليل فى حقه اشارة الى ان هذه ليست تحليلا من المولى لعبده لان العبد ليس قابلا للتحليل بناء على انه تملك منفعة والعبد لا يقبل

لا يقبل التمليك فيحمل وطيه للامة المبتاعة ليس من حيث التحليل بل من حيث الاباحة والاذن ويشكل بان التحليل لا يعلم كونه تمليكا بل يحتمل كونه عقدا او اباحة كما سيأتى انشاء الله والعبد قابل لهما فلا يعلم انتفاء التحليل فى الامة المذكورة الا ان يقال ان الاذن السابقة على شراء الامة لا يمكن حملها على العقد لان المولى لا يملك العقد على امة الغير فبقى ان يكون اباحة واذنا محضا فيدل على تأثير الاذن السابقة فى الجملة وعلى كل حال فعبارة المص فى تعليله ليست بجيدة مطلقا قوله ان استبقاه او باعه وان اعتقه قيل يستقر فى ذمة العبد وقيل بل يكون باقيا فى ذمة المولى وهو اشهر الروايتين ه محل النزاع ما اذا استدان العبد باذن المولى لنفسه اما لو استدان للمولى فهو على المولى قولا واحدا نبه عليه فى المخ والقولان للشيخ رحمه الله اولهما فى غير الاستبصار وتبعه عليه جماعة منهم العلامة فى المخ استنادا الى روايتين لا تنهضان حجة فيما خالف القواعد الشرعية فان العبد بمنزلة الوكيل وانفاقه للمال على نفسه فى المعروف باذن المولى انفاق لمال المولى فيلزمه كما لو لم يعتق وتشهد للقول الثانى صحيحة ابى بصير عن الباقر عليه السلام وهو الاقوى قوله ولو كان لى غرماء كان غريم العبد كاحدهم ه هذا التفريع واضح بعد الحكم بلزوم دينه للمولى لان التقسيط هو مقتضى الاستحقاق فى ذمته ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام تدل عليه ايضا وفى الحقيقة اطلاق غرماء العبد بطريق المجاز لوقوع الاستدانة منه والا فالجميع غرماء المولى قوله ولو اذن له فى الابتياع انصرف الى النقد ه من القواعد الاصولية ان الامر بالكلى ليس امرا بجزئى معين وان توقف تحققه عليه بالعرض ومقتضى الاطلاق التخيير وانما اختص هنا بالنقد بواسطة قرائن خارجية عينت افراد الكلى وهو الاضرار بالمولى فى النسيئة بثبوت شئ

فى ذمته بخلاف النقد لجواز ان لا يقدر المولى على غير ما دفعه الى العبد من المال او لا غرض له فيه وهذا هو حاصل ما اجاب به الفاضل قدس سره لما اعترض عليه العلامة المحقق قطب الدين الرازى حين قراء عليه هذه المسئلة من القواعد بان البيع امر كلى والنسيئة جزئى فلم لا يدخل فاجاب اولا بان البيع اعم فلا يدل على النسيئة باحدى الدلالات فاورد عليه العلامة انه لا يلزم من نفى الدلالة نفى الاستلزام لجواز كون اللزوم غير بين ثم عارضه بالنقد فعدل الفاضل الى الجواب بما اشرنا اليه اولا من ان فى النسيئة اضرارا بالمولى بثبوت شئ فى ذمته بخلاف النقد قوله ولو اطلق له النسيئة كان الثمن فى ذمة المولى ولو تلف الثمن لزم المولى عوضه ه اى لو تلف الثمن قبل تسليمه الى البائع والحال انه قد اشترى نسيئة فانه يلزم المولى عوضه لان تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد وليس المراد به الثمن المعين لان تلفه يبطل البيع فلا يلزم المولى عوضه ولا فرق بين تلفه بيد العبد بتفريط وغيره ولو لم يكن السيد اذن فى الشراء بالذمة فاشترى بها وتلف الثمن الذى دفعه اليه لم يلزم السيد بدله وح فان رجع السيد ودفع ثانيا صح العقد له لان العبد ح كالفضولى للسيد والبيع وقع له فاذا دفع الثمن صح له والا فسخ البائع العقد قوله وان اذن له فى التجارة لم يكن ذلك اذنا لمملوك المأذون لافتقار التصرف فى مال الغير الى صريح الاذن ه يمكن ان يريد بمملوك المأذون الحقيقة تفريعا على القول بانه يملك بل هذا الظاهر ويمكن ان يريد به معناه المجازى لان الاضافة تصدق بادنى ملابسة فيريد بمملوكه من هو فى خدمته من مماليك المولى حالة التجارة بحيث يدخل تحت امره كما هو الواقع فى كثير من التجار بالنسبة الى بعض مواليهم وعلى التقديرين لا يتناول الاذن له مملوكه باى معنى اعتبر لان المولى انما اعتمد على نظره فلم يكن له ان يتجاوز بالاستنابة

فى الاستنابة كالتوكيل على ما مر فليس للمأذون ان يوكل غيره لعين ما قلنا ونبه بذلك على خلاف ابى حنيفة حيث ذهب الى ان للمأذون ان ياذن لعبده فى التجارة مع ان ابا حنيفة لا يقول بان العبد يملك فلذلك جعل العبد المذكور محتملا للمعنى المجازى بالنسبة الى المأذون قوله ولو اذن له فى التجارة دون الاستدانة فاستدان وتلف المال كان لازما لذمة العبد وقيل يستسعى فيه معجلا ه اذا استدان المأذون فى التجارة فان كان لضرورتها كنقل المتاع وحفظه ونحوهما مع الاحتياج الى ذلك لزم المولى وان كان لغير الضرورى لها وما خرج عنها لا يلزم المولى فان كانت عينه باقية رجع الى مالكه والا فالاقوى انه يلزم ذمة العبد فان اعتق اتبع به بعده والا ضاع وقيل يستسعى العبد فيه معجلا استنادا الى رواية ابى بصير وحملت على الاستدانة للتجارة ويشكل بان ذلك يلزم المولى من سعى العبد وغيره والاقوى ان استدانته لضرورة التجارة انما يلزم مما فى يده فان قصر استسعى فى الباقى ولا يلزم المولى من غير ما فى يده وعليه يحمل الرواية قوله اذا اقترض مالا فاخذه المولى فتلف فى يده كان المقرض بالخيار بين مطالبة المولى واتباع المملوك اذا اعتق وايسر ه وجه التخيير ان كلا منهما قد اثبت يده على ماله فيرجع على من شاء فان رجع على المولى قبل ان يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد وان اعتق لاستقرار التلف فى يده و لان المولى لا يثبت له مال فى ذمة عبده وان كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد فان كان عند اخذه للمال عالما بانه قرض فلا رجوع له على العبد ايضا وان كان قد غره العبد بان المال له اتجه رجوعه على العبد للغرور ولو رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف فى يده الا ان يكون قد غره المولى فلا رجوع عليه كما مر خاتمة قوله واجرة بائع الامتعة على البائع ومشتريها على المشترى ه المراد ان اجرة الدلال على من يامره فان امره

الإنسان ان يبيع متاع فباعه له فاجرته على البائع الآمر لا على المشتري وان امره
انسان ان يشتري له متاعا ولم يأمره مالكه ببيعه فاجرته على المشتري الآمر و
انما استحق الاجرة وان لم يشارط عليها لان هذا العمل لا يستحق عليه اجرة في العادة
والدلال ايضا ناصب نفسه للاجرة فيستحق على آمره الاجرة كما سيأتي ان شاء الله
في الاجارة **قوله** ولو تبرع لم يستحق اجرة ولو اجاز المالك اي بيع الدلال البيع
او بالشراء اي بيع الكيال والوزان ونحوهما لم يستحق اجرة على من امر بالاجرة
ولو امروا ان اجاز البيع والشراء والفعل لانه بالفعل لم يستحق لكون البيع و
بعد الاجازة لم يعمل عملا والاصل براءة الذمة من استحقاق شيء **قوله** واذا باع
واشترى فاجرة ما يبيع على الآمر ببيعه واجرة الشراء على الآمر بالشراء ولا يتولاهما
الواحد ٥ المراد كون الدلال باع امتعة شخص واشترى امتعة لشخص آخر
غير مالك الامتعة فههنا يستحق اجرتين على العملين لعدم المنافاة وهذا قسم
ثالث للمسئلة السابقة التي اشتملت على استحقاق اجرة واحدة على البائع
على ما باع واجرة واحدة من المشتري على ما اشترى له واما قوله ولا يتولاهما الواحد
فظاهر سياق العبارة كغيرها مما عبر فيه بذلك ان المراد بذلك ان الشخص
الواحد لا يتولى العملين في متاع واحد بحيث يستحق به اجرة على البائع الذي
امره بالبيع والمشتري الذي امره بالشراء بل لا يستحق الا اجرة واحدة لانه
عمل واحد ولان البيع مبني على المكايسة والمغالبة ولا يكون الشخص الواحد
غالبا ومغلوبا والعمل بالحالة الوسطى خارج عن مطلوبهما غالبا فيتوقف
على رضاهما بذلك وح فمن كان ليس له ان يستحق عليه الاجرة خاصة لكن
يشكل الاطلاق بما لو كان السعر مضبوطا عادة بحيث لا يحتاج الى المماكسة او
كانا قد اتفقا على قدر معلوم واراد تولية طرفي العقد وح يكون عليهما اجرة

اجرة واحدة بالشراء او البيع الا في الامر لا طلاق مع احتمال كون الاجرة على
السابق هذا اذا جوزنا للواحد تولي طرفي العقد والا فعدم استحقاق الواحد
لهما اوضح ويحتمل على بعد ان يكون الضمير في يتولاهما عائدا الى الايجاب والقبول
المدلول عليهما بالمقام او بالبيع والشراء المتضمنا فيكون ذهابا الى المنع او يعود
الضمير الى الاجرتين بناء على المنع من تولي الطرفين وعلى ذلك نزل الشهيد رحمه الله
كلام الاصحاب في هذه العبارة لانها عبارة مترداولة بينهم وبضعف بان المص
وكثيرا ممن عبر بذلك لا يرى المنع من تولي الواحد الطرفين فتنزيل كلامه على
ما لا يوافق مذهبه المعروف بمجرد ارادته مع امكان تنزيله على غيره بعيد جدا
وحيث كان تولي الطرفين من الواحد جائزا عند المص لم يمنع استحقاق اجرتين
عليهما لانهما عملان متغايران اعني الايجاب عن البائع والقبول عن المشتري
فلو صح حاله بذلك استحق على كل واحد حسبه وهو راجع عرفا الى اجرة واحدة
على البيع موزعة عليهما كما اسلفناه **قوله** واذا هلك المتاع في يد الدلال
لم يضمنه الخ ٥ الحاصل ان الدلال امين فلا يضمن الا مع التعدي او التفريط
ويقبل قوله في نفيهما كما يقبل من كل امين لان الاصل في افعال المسلمين
الصحة والسلامة عن الاثم والعدوان وعلى تقدير ثبوت الضمان عليه باقراره
او البينة يقبل قوله في قيمة المتاع لان الاصل براءة ذمته من الزائد عما يقر به والله اعلم

كتاب الرهن

قوله وهو وثيقة لدين
المرتهن ٥ الرهن لغة الثبوت والدوام يقال رهن الشيء اذا ثبت ودام
ومنه نعمة راهنة ويطلق على الحبس باي سبب كان قال الله تعالى كل نفس
بما كسبت رهينة اي محبوسة بما كسبته من خير وشر واخذ الرهن الشرعي

من هذا المعنى انسب ان افتقر الى المناسبة من حيث ان الرهن يقتضي حبس
العين عن مالكها ليستوفي الدين وعرفه المص شرعا بانه وثيقة لدين
المرتهن والوثيقة فعيلة قد تكون بمعنى الفاعل والمفعول والانسب هنا
الثاني لان الرهن موثوق به واللام في الدين تعليلية اي لاجله ويمكن كونها
للتعدية هذا وفي التعريف نظر من وجوه ا ان وثيقة في العبارة وقعت خبرا
من المبتدأ وهو الضمير المذكر المنفصل وهو يقتضي عدم المطابقة بين المبتدأ
والخبر في التذكير والتأنيث وهو خلل لفظي ب تخصيص الوثيقة بالدين يرد
على عكسه الرهن على الدرك وعلى الاعيان المضمونة كالمغصوب والمستعار مع
الضمان فانها ليست دينا ج ان ادخال المرتهن في التعريف يفضي الى الدور
لان المرتهن قابل الرهن او من له الرهن ونحوه فيتوقف تعريف كل منهما على
الآخر ويمكن دفع الاول بجعل التاء في الوثيقة لنقل اللفظ من الوصفية الى
الاسمية لا للتأنيث كما في تاء الحقيقة والاكيلة والنطيحة فيحصل المطابقة والثاني
بنائه على عدم جواز الرهن على المذكورات فان فيه خلافا وليس في كلامه الآتي
اشعار بحكم نفيا ولا اثباتا بل في تخصيصه الجواز بالدين الثابت اشعار بعدم صحة
الرهن عليها وعلى تقدير الجواز يمكن تكلف الجواب بان الرهن عليها انما هو
لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق او تعذر العين والثالث بامكان
كشف المرتهن بوجه لا يدخل الرهن في مفهومه بان يقال هو صاحب الدين
او من له الوثيقة ونحو ذلك وعرفه في الدروس بانه وثيقة للدين يستوفى منه
المال فسلم من بعض ما يرد هنا ويزيد انه صرح بجواز الرهن على الاعيان المضمونة
فذكر الدين ليس بجيد الا بالتأويل **قوله** والايجاب كل لفظ دل على الارتهان
كقوله رهنتك او هذا وثيقة عندك وما ادى هذا المعنى مما يؤدي المعنى

المعنى وثيقتك وهذا رهن عندك وارهنت عندك بزيادة الهمزة فانه لغة قليلة
فيه لا تبلغ شذوذها حد المنع بل هي اوضح دلالة من كثير مما عدوه وزاد في الدروس
انه لو قال خذه على مالك او بمالك فهو رهن ولو قال امسكه حتى اعطيك
مالك واراد الرهن جاز ولو اراد الوديعة او اشتبه فليس برهن وقد استفيد
من ذلك كله ان الرهن لا يختص بلفظ ولا بلفظ الماضي بل كل ما دل على الرضا بالرهن
من الالفاظ كاف والوجه فيه ان الرهن ليس على حد العقود اللازمة لانه جائز من طرف
المرتهن فترجح جانب اللزوم ولزوم ما يعتبر في اللازم ترجيح من غير مرجح خصوصا مع
سلف الكلام على اعتبار ما ذكروه في العقد اللازم واستقرب في التذكرة عدم اشتراط
اللفظ العربي ووافقه في الدروس وفي التذكرة الخلاف في الاكتفاء بالمعاطاة و
الاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في البيع بجملته آت هنا وهو حسن واعتبر في
التذكرة مع ذلك كله وقوعه بلفظ الماضي مع انه اجاز هذا رهن او وثيقة عندك
وليسا ماضيين بل هما جملتان اسميتان ولو قيل انهما بمعناه او ادل منه من حيث
دلالة الاسمية على الثبوت رد بانه شرط لفظ الماضي لا معناه وبان ذلك يستلزم
جواز البيع بهما بان يقول هذا مبيع لك بكذا وهم لا يقولون به والظاهر انه احترز
بالماضي عن المستقبل خاصة كما يشعر به قوله بعده بلا فصل فلو قال كذا او انا اقبل
لم يعتد به وقد تقدم ان الشهيد رحمه الله اجازه بلفظ الامر كخذه او امسكه **قوله**
ولو عجز عن النطق كفت الاشارة ولو كتب والحال هذه وعرف ذلك من قصده
جاز ٥ يعتبر في الاشارة كونها مفهمة للمقصود ولا تنحصر في عضو ويفهم من قوله بعد
الكتابة وعرف ذلك من قصده انه لا تكفي الكتابة بمجردها وهو كذلك لعدم العلم
بثبوت القصد الى الرهن بها مجردة لامكان العبث او ارادة امر آخر ولا يرد مثله
في الاشارة لانا اعتبرنا فيها ايضا افهام المقصود ولا يعتبر دفع امكان غيره في الواقع

لاحتمال اللفظ الصريح له ايضا بل لافهام المقصود عرفا وفي التذكرة اعتبر مع الكتابة
اشارة الدالة على الرضا وهو كما هنا الا ان عبارة المص اشمل قوله والقبول
هو الرضا بذلك الايجاب ه اشار بذلك الى انه لا ينحصر في لفظ والقول فيه كما مر
في الايجاب ويمكن ان تدل العبارة على انه لا ينحصر في اللفظ ايضا لامكان استفادة
الرضا بالفعل والاشارة ونحوهما وان لم يكف ذلك في الايجاب والفرق
ان الرهن لازم من قبل الراهن لانه يتعلق بحق غيره فيجوز ان يعتبر في
حقه ما لا يعتبر في حق المرتهن من حيث انه من قبله جائز لانه يتعلق بحقه
فيكفي فيه ما يكفي في العقود الجائزة المحضة ولكن ظاهر الجماعة اعتبار القبول
القولي وهو اجود والكلام في اعتبار المضي او ما يقوم مقامه وعدم الفصل
بين الايجاب والقبول بما يعتد به كما مر اذ يمكن القول باعتبارهما نظرا
الى اللزوم بوجه وعدمه التفاتا الى الجواز من قبل القابل قوله ويصح الارتهان
سفرا او حضرا ه نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث شرط في صحته
السفر نظرا الى ظاهر قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا
فرهان مقبوضة فشرط السفر ومفهوم الشرط حجة واجيب بانه مبني
على الاغلب فان عدم الكاتب عادة لا يكون الا في السفر مثل قوله تعالى
وان كنتم مرضى او على سفر الى قوله ولم تجدوا ماء فتيمموا فان عدم الماء
يكون في السفر غالبا مع انه معارض باشتراطه بعدم الكاتب مع انه شرط غير
بموافقة الخصم وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله رهن درعه عند
يهودي وهو حاضر بالمدينة قوله وهل القبض شرط قيل لا وقيل نعم
وهو الاصح ه اختلف اصحابنا في اشتراط القبض في الرهن بمعنى كونه
جزء السبب للزومه من قبل الراهن كالقبض في الهبة في كونه كذلك بالنسبة

بالنسبة الى ملك المتهب وعدمه فاختار المص وجماعة الاشتراط استنادا الى قوله
تعالى فرهان مقبوضة من حيث انه تعالى امر بالرهن المقبوض فلا يتحقق المطلوب
شرعا بدونه كما اشترط التراضي في التجارة والعدالة في الشهادة حيث قرنا
بها وروى محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام لا رهن الا مقبوضا
ويضعف بان دلالة الاية من حيث المفهوم الوصفي وهو ضعيف
والرواية ضعيفة السند والحق ان وصف القبض في الاية للارشاد
كما يرشد اليه اشتراطه بالسفر وعدم الكاتب والاجماع على ان استدامة القبض
ليست شرطا بل لو وكل المرتهن الراهن في القبض كفى عند القائل فلا يتحقق
الغاية المطلوبة منه ويبقى مع باقي الاشتراط اصالة العدم حيث لا دليل
صالحا عليه وعمومات الاوامر الدالة على الوفا بالعقد وربما استدل
بالاية من حيث انه امر بالرهن المقبوض فدل على تحقق الرهن بدون القبض
اذ لو لم يتحقق بدونه لم يحسن وصفه به كما لا يحسن ان تقول رهن مقبولة
او موجبة ويضعف بان الصفة قد تكون كاشفة كوصف التجارة
بالتراضي وبان القائل باشتراط القبض لا يجعله شرطا للصحة حتى لا يتحقق
بدونه بل للزوم كما اشرنا اليه في ان العقد الجائز من الطرفين يطلق عليه
اسمه بطريق الحقيقة بخلاف ما هو شرط الصحة كالقبول فانه لا يتحقق
بدونه وقد ظهر بما حررناه قوة عدم الاشتراط بقي هنا بحث وهو ان القائل
باشتراط القبض لا يقول ان الرهن بدونه يقع باطلا بل هو صحيح عنده الا انه
غير لازم كما اشرنا اليه وفي التذكرة ولو رهن ولم يقبض كان الرهن صحيحا
غير لازم بل للراهن الامتناع من الاقباض والتصرف فيه بالبيع وغيره
لعدم لزومه فعلى هذا ينقسم الرهن الصحيح الى لازم من طرف الراهن

لا يجب على الراهن الاقباض بعد الصيغة ويجي ايضا

وجائز من الطرفين واطلاق الرهن انما ينزل على الصحيح ولا يقتضي احد القيدين
الا بامر خارج ويتفرع فيما لو شرط الرهن في عقد لازم فان ما يجب الوفاء
به هو الرهن الصحيح اعم من اللازم فينبغي ان يتحقق الوفاء بالشرط بدون
القبض وان لم يلزم وح فللراهن فسخه بعد ذلك لجوازه من طرفه ولا يحصل
الفائدة المطلوبة من اشتراطه فينبغي التقييد في الاشتراط بكونه مقبوضا
ونحوه وفي الاكتفاء بدلالة القرائن عليه وجه ويظهر من الشهيد رحمه الله
ان الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض وان قلنا بكونه شرطا
في اللزوم وفي القواعد استشكل في استحقاق المرتهن المطالبة على القول
بالاشتراط وللتوقف مجال اذا لم تدل القرائن على ارادته وعلى ما اخترناه من
عدم اشتراط القبض يلزم من قبل الراهن بدونه فلا يمكن فسخه لكن في
استحقاق المرتهن الاقباض ما مر ومن قال به ثم قال به هنا واعلم
ان اطلاق الشرطية على القبض بطريق المجاز فان الشرط مقدم على المشروط
في الوجود وهنا لا يعتبر تقدمه اجماعا فكونه جزء السبب انسب قوله
ولو قبضه من غير اذن الراهن لم ينعقد ه القبض بحيث يلزم منه لزوم الرهن
وليس المراد بالمنفي انعقاد الرهن لانه منعقد بدون القبض وان قلنا بكونه
شرطا غايته انه لا يلزم بدونه كما مر ويمكن ان يريد انه لا ينعقد الرهن
بمعنى انه لا يلزم بذلك ويكون الانعقاد كناية عن اللزوم ويؤيده
عطفه حكم المسئلة الآتية على هذا الحكم وانما يتم مع ارادة انعقاد
الرهن وهذا اظهر في مقصوده قوله وكذا لو نطق بالعقد ثم جن
او اغمي عليه او مات قبل القبض ه الضمير في الجميع يعود الى الراهن و
المشبه به في السابق الحكم بعدم الانعقاد ولا معنى لكون الانعقاد المنفي

اي لم ينعقد صح

المنفي هنا القبض اذ لا يحصل اصلا بل المراد به الرهن كما اسلفناه ولا شبهة
في كون عروض هذه الاشيا للراهن لا تقتضي انعقاد الرهن بناء على
اشتراط القبض فيه انما الكلام في انه هل يبطل بذلك بناء على انه قبل القبض
عقد جائز ومن شان الجائز بطلانه بعروض هذه الاشياء كالهبة قبل القبض
وبه قطع في القواعد والدروس ام لا يبطل بذلك لانه ليس على حد العقود
الجائزة مطلقا بل هو آيل الى اللزوم كبيع الخيار فانه لا يبطل بموت البائع
وبه قطع في التذكرة فعلى الثاني يقوم الولي مقام الراهن في
الاقباض لكن ولي المجنون يراعي مصلحته فان كان الحظ في الاقباض بان
يكون شرطا في بيع يتضرر بفسخه او غير ذلك من المصالح اقبضه وان كان
الحظ في تركه لم يجز له اقباضه وعبارة المص قاصرة عن افادة الحكمين
فان ما حكم به من عدم الانعقاد لا يشتبه امره على احد ولو عرض ذلك للمرتهن
فاولى بعدم البطلان ولو لم نقل به ثم ينتقل القبض الى وليه ولو قلنا بالبطلان
لو كان العرض للراهن فالاقوى انه لا يبطل هنا والفرق تعلق حق الورثة
والديان بعد موت الراهن به فلا يستاثر به احد بخلاف موت المرتهن فان
الدين باق فيبقى وثيقة وفي الدروس وافق هنا على عدم البطلان مع
حكمه به في الراهن معولا على هذا الفرق ويحتمل البطلان فيه ايضا لما مر
من كونه من العقود الجائزة قبل القبض وعلى تقدير بقاء الصحة لا يجبر الراهن
على الاقباض لانه لم يلزم بعد الا ان يكون مشروطا في عقد لازم فالاقوى
وجوبه والزامه به خلافا للشهيد رحمه الله والفاضل فان لم يتفق القبض
اما لعدم امكان اجباره عندنا او لعدم اختياره عندهما تسلط المرتهن
على فسخ العقد المشروط فيه وقد تقدم الكلام فيه في باب القرض وبذا القبض

البحث كله ساقط عند من لا يشترط القبض للزوم قبله فلا يؤثر فيه هذه العوارض
قوله وليس استدامة القبض شرطا فلو عاد الى الراهن او تصرف فيه
لم يخرج عن الرهانة ه هذا عندنا موضع وفاق نقل الاجماع عليه في التذكرة
نعم خالف فيه جماعة من العامة نظرا الى الوصف المتقدم في الآية وعدم
دلالتها على الاستمرار واضح **قوله** ولو رهن ما هو في يد المرتهن لزم ولو كان غصبا
لتحقق القبض ه اذا اشترطنا القبض في الرهن فالمعتبر تحققه ولو بالاستصحاب
كما لو كان في يد المرتهن قبل الرهن بعارية او وديعة او اجارة لتحقق ما هو
السبب لان استدامة القبض قبض حقيقية فصدق عليه انه رهن مقبوض
واما كون القبض واقعا مبتدأ بعد الرهانة فلا دليل عليه فيكتفى بالسابق المقارن
وهذا كله واضح في قبض مأذون فيه شرعا كما مثلنا فلو كان غير مأذون فيه
كقبض الغاصب والمستام والمشتري فاسدا فقد اطلق المص والاكثر الاكتفاء
به لما تقدم من الدليل اذ يصدق على الرهن انه ولانا اذا اشترطنا القبض
في الرهن كان مستحقا على الراهن فاذا كان في يد المرتهن وصل الى حقه
وعلى تقدير كون القبض المذكور منهيا عنه لا يقدح هنا لان النهي في غير العبادة
لا يقتضي الفساد وقيل بعدم الاكتفاء به لان القبض على تقدير اشتراط ركن من
اركان العقد من الجهة التي يعتبر لاجلها وهو اللزوم ولهذا اوجبوا عليه الاقباض
لو كان الرهن مشروطا عليه واذا وقع منهيا عنه لا يعتد به شرعا وانما لا يقتضي
النهي الفساد في مثل ذلك حيث يكمل اركان العقد مع انهم قطعوا بانه لو قبض
بدون اذن الراهن لم يعتد به وقد تقدم في كلام المص فلو كان مطلق القبض
كافيا لزم مثله في ذلك القبض المبتدأ بغير اذن ومنع استحقاقه على الراهن
بمجرد الصيغة وقد تقدم وقطع في التذكرة باشتراط الاذن ومضى زمان يمكن

يمكن فيه تجدد القبض هنا وهو متجه بل ربما قيل باشتراطهما في المقبوض صحيحا ايضا
استنادا الى ان القبض انما يعتبر بعد الرهن وهو لا يتم الا باذن ثم الاذن
والقبض يستدعي تحصيله ومن ضروراته مضي زمان فهو دال على القبض الفعلي
بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام ولما لزم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل او
اجتماع المثالين حمل اللفظ على المعنى الالتزامي لتعذر المطابقي ويضعف
افتقاره الى القبض والاذن المبتدين بتجدد الرهن اذ لا دليل عليه بل غايته
[illegible] ومنع بقاء المعنى الالتزامي لان الزمان المدلول عليه التزاما
من توابع القبض ضرورة افتقار تحصيله مع عدمه الى الزمان فمع حصوله لا معنى
لاشتراط الزمان لتحصيله بل التحقيق ان اعتبار الزمان من باب المقدمة لان
المطلوب انما هو الفعل بحيث يتوقف عليها ثبت والا فلا كالمثال المشهور
في الامر بسقي الماء فان كان على مسافة بعيدة دل بالمطابقة على السقي وبالالتزام
او الاقتضاء على قطع المسافة وان كان المأمور حاضرا عنده لم يفتقر اليه
وقد ظهر بذلك ضعف القول بالافتقار اليهما في المقبوض باذن وعدمه في
غيره وحيث يفتقر الغاصب الى تجديد الاذن في القبض فالضمان باق عليه
الى ان يتحقق ما يزيله وسيأتي الكلام ان شاء الله في حكم الضمان **قوله** ولو
رهن ما هو غائب لم يصر رهنا حتى يحضر المرتهن او القائم مقامه عند
الرهن ويقبضه ه المراد انه لا يصير رهنا لازما بدون ذلك والا فقد تقدم ان
اصل الرهن يتحقق بدون القبض بناء على اشتراطه غايته كونه عقدا جائزا
واعتبار حضور المرتهن عنده او من يقوم مقامه ظاهر ان كان منقولا
وان كان غير منقول فانه يكفي فيه التخلية ثم ان لم يطلق عليه اسم القبض بها
كما لو كان غائبا فلا بد من وصول المرتهن او وكيله الى موضع الرهن

ليتصور قبضه اياه عادة لان المعتبر في القبض كونه تحت يده ومع البعد عادة
يمتنع ذلك والحاصل ان القبض هنا كالقبض في البيع في جميع ما تقدم
فيه آت هنا ولو قلنا بعدم اشتراط القبض سقط البحث **قوله** ولو
اقر الراهن بالاقباض قضي عليه اذا لم يعلم كذبه ه كما لو قال رهنته اليوم داري
التي بالحجاز وهما بالشام واقبضته اياها فانه لا يلتفت اليه لانه محال عادة
بناء على ما سبق من اعتبار وصول المرتهن او من يقوم مقامه الى الرهن وتقبضه
قوله ولو رجع لم يقبل رجوعه ويسمع دعواه لو ادعى المواطاة على الاشهاد
ويتوجه اليمين على المرتهن على الاشبه ه اي لو رجع الراهن عن اقراره
بالاقباض حيث يمكن لم يقبل رجوعه وحكم عليه به ولا تسمع دعواه بحيث
يتوجه له على المرتهن اليمين نعم لو ادعى الغلط في اقراره واظهر تأويلا ممكنا
بان قال اني اقبضته بالقول وظننت الاكتفاء به حيث يمكن في حقه
توهم ذلك او قال استندت فيه الى كتاب كتبه الي وكيلي فظهر مزورا ونحو
ذلك سمعت دعواه بمعنى توجه اليمين على المرتهن بان القبض حقيقي او
على نفي ما يدعيه الراهن لان الاصل صحة الاقرار ومطابقته للواقع وقد
استقرب في التذكرة توجه اليمين له على المرتهن وان لم يظهر تأويلا محتجا بان
الغالب في الوثائق وقوع الشهادة قبل تحقق ما فيها فلا حاجة الى تلفظه به واما
دعوى المواطاة في الاشهاد اقامة لرسم الوثيقة اي لاجل كتابتها والشهادة
عليها حذرا من تعذر ذلك اذا تأخر الى ان يتحقق القبض فالاقوى انها
مسموعة بمعنى توجه اليمين بها ايضا على المرتهن بما تقدم لجريان العادة
بوقوع مثل ذلك ويحتمل عدم السماع لانه مكذب لاقراره الاول ولا يخفى
ان سماع دعواه انما يتم لو شهد الشاهدان على اقراره اما لو شهدا على نفس

نفس الاقباض وفعله لم يسمع دعواه ولم يثبت على المرتهن اليمين وكذا لو شهدا
على اقراره به فانكر الاقرار لم يلتفت اليه لانه تكذيب للشهود **قوله** ولا يجوز
تسليم المشاع الا برضا شريكه سواء كان مما ينقل او لا ينقل على الاشبه ه هذا
يتم في المنقول لاستلزامه التصرف في مال الغير فلا يصح الا باذنه اما ما يكفي
فيه مجرد التخلية ففي اشتراط اذنه نظر اقربه العدم لان الغرض مجرد رفع
يد الراهن وتمكين المرتهن من قبضه وهو لا يستدعي تصرفا في ملك الغير
وح فالقول بعدم التسوية اجود وقد تقدم في البيع ايضا ثم على تقدير عدم الجواز
في الصورتين لو قبضه بدون اذن الشريك وفعل محرما هل يتم القبض قيل
لا كما لو قبضه بدون اذن الراهن وهو اختيار الشهيد رحمه الله والاقوى
تحققه لان النهي انما هو لحق الشريك فقط للاذن في قبض حق الراهن
وكونه قبضا واحدا لا ينافي الحكم بالوقوع لاختلاف الجهة واختاره العلامة
وجماعة لو اتفقا على جعل الشريك وكيلا في القبض جاز فيعتبر سماع الشريك
اذن الراهن في قبضه للرهن واذن المرتهن فيه وان لم يأذن الراهن للمرتهن
في توكيله الشريك **الثاني في شرائط الرهن** **قوله** ومن شرائطه ان يكون عينا
مملوكا الخ ه هذه شرائط للرهن في الجملة لكنها ليست على وتيرة واحدة فان
المملوكية شرط وقوعه لازما مع باقي الشرائط والا فرهن ما لا يملك صحيح كما سيأتي
ولكنه موقوف على اجازة المالك واما باقي الشرائط فهو شرط للصحة عنده **قوله**
فلو رهن دينا لم ينعقد ه بناء على ما اختاره المص من اشتراط القبض والدين لا يمكن
قبضه لانه امر كلي لا وجود له في الخارج مع احتمال جواز رهنه على هذا القول
كهبة ما في الذمم ويعتبر قبض ما يعينه المديون ولو لم يشترط القبض فالمتجه جواز
رهن الدين لوجود المقتضي فانه مال مملوك الى آخر ما يثبت اعتباره وانتفاء

المانع وقد صرح العلامة في التذكرة بناء المنع فيه على اشتراط القبض فقال لا يصح رهن الدين
ان شرطنا في الرهن القبض لانه لا يمكن قبضه لعدم تعينه حالة الرهن لكنه
في القواعد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض وعدم جواز رهن الدين
فتعجب منه شيخنا الشهيد رحمه الله في الدروس وتعجبه في موضعه خصوصا
وقد صرح بان المنع من رهنه مبني على اشتراط القبض واعتذر له المحقق
الشيخ علي بان عدم اشتراط القبض لا ينافي اشتراط كون الرهن مما يقبض
مثله نظرا الى مقصوده لا يحصل الا بكونه مما يقبض كما ارشد اليه الاية الكريمة
فاحدهما غير الاخر وفيه مع ما اشرنا اليه من تصريح العلامة ببناء الحكم على القبض
منع اعتبار كون الرهن مما يقبض مثله محلا اذ لا دليل عليه والاية قد
تقدم عدم دلالتها على اعتبار القبض بل الارشاد اليه والمعتذر رحمه الله
قد بالغ في تحقيق دلالتها على ذلك ومنع دلالتها على اعتبار القبض في
محل البحث عنه ولو سلم اعتبار صلاحية الرهن للقبض فالدين صالح
لذلك بتعيين المديون له في فرد من الافراد فالمنع من رهنه على القول
بعدم اشتراط القبض غير متوجه ولو فرض كونه محتملا لما ذكر لا يدفع
التعجب عند ضعف الماخذ **قوله** وكذا لو رهن منفعة كسكنى الدار
وخدمة العبد ه وذلك لان المطلوب بالرهن وهو التوثق على المال
لا يحصل بها لانها تستوفى شيئا فشيئا وكلما حصل منها شيء عدم ما قبله
والمطلوب من الرهن انه متى تعذر استيفاء الدين استوفي من الرهن
والامر على مختار المص من اشتراط القبض واضح لان المنافع لا يصح اقباضها
الا باتلافها ومع ذلك فالمنع من رهنها موضع وفاق **قوله** في رهن
المدبر تردد والوجه ان رهن رقبته ابطال لتدبيره ه منشاء التردد من

من ان التدبير من الصيغ الجائزة التي يصح الرجوع فيها كالوصية فاذا تعقبه
الرهن ابطله كما لو تعقبه غيره من العقود كالبيع والهبة لكون ذلك
رجوعا عنه لان الغرض من العقود المملكة ملك من انتقل اليه ولا يتم
الا بالرجوع ومن الرهن استيفاء الدين من قيمته فهو مناف للتدبير
وهو قول الاكثر ومن ان الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن
[illegible] التنافي بين الرهن والتدبير لمجرد الرهن بل بالتصرف
فيه وهو قول الشيخ محتجا عليه بعدم الدليل على بطلان كل واحد منهما وحينئذ
فيكون التدبير مراعى بفكه فيستقر او باخذه في الدين فيبطل واستحسنه
في الدروس وربما بني القولان على ان التدبير هل هو عتق بصفة
او وصية بالعتق فعلى الاول لا يبطل لان العتق لازم وعلى الثاني
يبطل وهذا البناء ضعيف عندنا لاجماعنا على جواز الرجوع في التدبير
فيكون وصية وانما بنى هذا البناء اصحاب الشافعي ومن قال منهم بانه عتق
بصفة قطع بعدم جواز الرجوع فيه ومن قال منهم انه وصية اختلفوا
فبعضهم جعله رجوعا لما ذكرناه وبعضهم منع ايضا **قوله** اما لو صرح
برهن خدمته مع بقاء التدبير قيل يصح التفاتا الى الرواية المتضمنة لجواز
بيع خدمته وقيل لا لتعذر بيع المنفعة منفردة وهو اشبه ه هذه المسئلة
من جزئيات رهن المنافع وقد تقدم عدم جواز رهنها وانما خص منافع
المدبر بالذكر لما روي من جواز بيع خدمته فيصح رهنها لان ما جاز بيعه
جاز رهنه والاقوى عدم الجواز **قوله** ولو رهنها الذمي عند مسلم
لم يصح ايضا ولو وضعها على يد ذمي على الاشبه ه جوز الشيخ في الخلاف
رهن الذمي الخمر للمسلم اذا وضعها عند ذمي لان الحق في وفاء الدين

للذمي فيصح الرهن كما لو باعها ووفاه ثمنها لان الرهن لا يملك للمرتهن وانما يصير
محبوسا عن تصرف الراهن والاصح عدم الجواز لان يد الذمي الودعي كيد
المسلم وله تسلط على الرهن بالبيع والاستيفاء على وجه وهو ممتنع **قوله**
ولو رهن ارض الخراج لم يصح لانها لم تتعين لواحد نعم يصح رهن ما بها من ابنية ه
ارض الخراج هي المفتوحة عنوة والتي صالح الامام اهلها على ان يكون ملكا
للمسلمين وضرب عليهم الخراج وقد تقدم حكمها مرارا والاصح جواز رهنها
تبعا لاثار التصرف من بناء وشجر ونحوهما لا منفردة **قوله** ولو رهن ما لا يصح
اقباضه كالطير في الهواء والسمك في الماء لم يصح ه هذا على ما اختاره المص
من اشتراط القبض واضح ومع ذلك ينبغي تقييد الطير بما لا يوثق بعوده عادة
والسمك بكونه في ماء غير محصور بحيث يتعذر قبضه عادة والاصح وقد تقدم
في البيع نظيره ولو لم يشترط القبض امكن القول بالصحة مطلقا لعدم المانع ويحتمل
تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بيعه يندفع بامكان الصلح عليه وكلية
ما صح بيعه صح رهنه ليست منعكسة كليا عكسا لغويا وقد تقدم مثله في الابق
قوله وكذا لو رهن ما يصح اقباضه ولم يسلمه ه هذا انما يتم لو كان القبض شرطا
للصحة وقد تقدم انه شرط اللزوم خاصة وقد صرح به في التذكرة ويمكن ان يكون
المص تجوز هنا في اطلاق عدم الصحة على عدم اللزوم او التمام **قوله** وكذا لو رهن
عند الكافر عبدا مسلما او مصحفا وقيل يصح ويوضع على يد مسلم وهو اولى ه وجه
المنع ان ارتهانه يقتضي الاستيلاء على بعض الوجوه ببيع ونحوه وان كان في يد
غيره وهو سبيل عليه منفي بالاية وما اختاره المص حسن لمنع تحقق السبيل
لانه اذا لم يكن تحت يده لم يستحق الاستيفاء من قيمته الا ببيع المالك او من يامره
بذلك ومع التعذر يرفع امره الى الحاكم ليبيع ويوفيه ومثل هذا لا يعد سبيلا لانه

لان مثله يتحقق وان لم يكن هنا رهن **قوله** ولو رهن وقفا لم يصح ه لعدم امكان
استيفاء الدين منه اذ لا يجوز بيعه وعلى تقدير جوازه على بعض الوجوه يجب ان
يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقا نعم لو قيل بعدم وجوب
اقامة بدله امكن رهن الوقف حيث يجوز بيعه **قوله** ويصح الرهن في زمن الخيار
سواء كان للبائع او للمشتري او لهما لانتقال الملك بنفس البيع على الاشبه ه
مقتضى التعليل ان الراهن هو المشتري بناء على انتقال الملك اليه وان كان ثم خيار
خلافا للشيخ رحمه الله حيث حكم بعدم انتقال الملك اليه ولو كان الخيار
للبائع او لهما ويشكل حينئذ جواز رهن المشتري في الصورتين وان قلنا بملكه
لما فيه من التعرض لابطال حق البائع ومثله بيعه وما اشبهه من الامور
الناقلة للملك وتحرير المسئلة يحتاج الى التطويل نعم لو كان الخيار له خاصة
فلا اشكال ويكون الرهن مبطلا للخيار وكذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار
له او لهما ويكون فسخا للبيع **قوله** ويصح رهن العبد المرتد ولو كان عن فطرة ه
الصحة في غير الفطري وفي الانثى واضحة لقبول توبته فماليته باقية فيه اما
الفطري فيشكل فيه الصحة لانه لا يقبل توبته ويجب اتلافه شرعا فينتفي غاية
الرهن وهي التوثق ووجه الجواز جواز بيعه وبقاء ماليته حالة الرهن
وتعرضه للاتلاف لا يصلح للمنع كرهن المريض المدنف وهو اجود **قوله**
والجاني خطأ وفي العمد تردد والاشبه الجواز ه منشاء التردد في العمد من
استحقاقه القتل فهو في حكم التالف كما مر ومن بقاء المالية بالفعل وجواز
العفو والاقوى الجواز كما يصح بيعه وقد تقدم ثم ان قتله بطل الرهن
وان فداه مولاه او عفى الولي بقي رهنا واما في الخطأ فالمالية باقية من حيث
عدم جواز القتل لكن معرضة للزوال باسترقاق المجني عليه او بقدر الجناية

منه لو لم يفده المولى لان حقه مقدم على المرتهن فان استرقه او بعضه بطل الرهن في ذلك ويفهم من العبارة ان جواز رهن الجاني خطاء لا خلاف فيه مع ان الشيخ منع من رهنه ايضا محتجا بتعلق الارش برقبته وفي كون رهن المولى له في الخطا التزاما بالفدا وجهان تقدم مثلهما **قوله** ولو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه جاز والا بطل وقيل يصح ويجبر على بيعه ه القول بالبطلان مع عدم شرط البيع للشيخ رحمه الله لعدم جواز بيعه بدون اذنه وفوات المالية بدونه فهو في قوة التالف وشمل قوله والا بطل ما لو شرط الابتياع وما لو اطلق ووجه البطلان في الاول واضح لمنافاته مقصود الرهن حينئذ فيبطل واما مع الاطلاق فيبعد البطلان لانه حين الرهن مال مملوك يمكن بيعه فلا مانع من رهنه فاذا خيف فساده باعه المالك وجعل ثمنه رهنا فان امتنع جبره الحاكم جمعا بين الحقين ويحتمل في صورة شرط عدم البيع ذلك ايضا بتقريب ما تقدم وشرط عدم البيع لا يمنع صحة الرهن لان الشارع حكم عليه به بعد ذلك صيانة للمال واحترز المص بقوله قبل الاجل عما لو كان لا يفسد الا بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله فانه لا يمنع وكذا لو كان الدين حالا لامكان حصول المقصود منه لو ترك المرتهن البيع في بيع ما يفسد حيث صح رهنه بمراجعة المالك والحاكم حيث يمكن ضمن ولو تعذر الحاكم فان نهاه المالك عن البيع لم يضمن والا احتمل الضمان لجواز بيعه بنفسه ح ولا يخفى ان المراد بما يسرع اليه الفساد في المسئلة المفروضة ما لا يمكن اصلاحه بتجفيفه كالعنب و الرطب والا صح رهنه قولا واحدا ووجب على الراهن تجفيفه واصلاحه لان ذلك من مؤنة حفظه كنفقة الحيوان المرهون **قوله** وهو كل دين

الثالث في الحق

ثابت في الذمة ه المراد بالثابت في الذمة المستحق فيها وان لم يكن ثبوته مستقرا كالثمن في مدة الخيار واحترز بالدين عن العين فلا يصح الرهن عليها سواء كانت امانة في يده كالوديعة والعارية غير المضمونة ام كانت مضمونة كالمغصوبة والمقبوضة بالسوم والمستعارة مع الضمان وعدم جواز الرهن على الاول موضع وفاق وان احتمل طرو الضمان بالتعدي واما الثاني فقد اطلق المص وجماعة المنع استنادا الى ان مقتضى الرهن استيفاء المرهون به من الرهن وفي الاعيان يمتنع ذلك لامتناع استيفاء العين الموجودة من شيء اخر ويضعف بان الامر ليس منحصرا في الاستيفاء عند وجود العين بل يمكن التوثق بالرهن باخذ عوضها عند تلفها ولا يرد مثله في الاعيان التي ليست مضمونة حيث يحتمل تجدد سبب الضمان لعدم كونها عند الرهن مضمونة فان الرهن انما يصح عند وجود سبب الضمان اما بدين او ما في حكمه كالعين المضمونة بخلاف ما يمكن تجدد سببه فانه كما سيتجدد من الدين واطلاق الادلة الدالة على جواز الرهن على الحقوق يتناول محل النزاع نعم الاية الشريفة المنبهة على الرهن متعلقها الدين الا انها لا تمنع من غيره الا من باب المفهوم الضعيف وهذا قوي وهل يلحق بالاعيان المضمونة رهن المبيع وثمنه لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما ونحوه ونقصان قدرهما كيلا او وزنا قيل نعم و اختاره الشهيد رحمه الله وجماعة لتحقق الفائدة وهي التوثق والارتفاق وقيل لا لعدم وجود المقتضي الان وما يتجدد يكون كما يتجدد في الامانات السابقة مع الاجماع على عدم جواز الرهن ويمكن الفرق بان ما يتجدد من الاسباب الموجبة للضمان يكشف عن حصوله من حين العقد

كما هو واضح في نقصان المقدار واستحقاق العين فيكون عند الرهن مضمونا في نفس الامر فلا يتحقق المقتضي حين المقتضى وحيث جوزنا الرهن على الاعيان المضمونة فمعناه الاستيفا منه اذا تلفت او نقصت او تعذر الرد والا فلا وقد تقدمت الاشارة اليه **قوله** كالدية قبل استقرار الجناية ه اي قبل انتهائها الى الحد الذي يوجب الدية واعلم انها تاتي على النفس لعدم ثبوت ذلك حين الرهن وما حصل الجناية في معرض الزوال بالانتقال الى غير بل هو في الحقيقة ليست بثابت ح لان الشارع لم يرتب احكامها الى ان يستقر ثم ان كانت حالة او لازمة للجاني كشبه العمد جاز الرهن عليها حالة ومؤجلة وان كانت مؤجلة على العاقلة كالخطا لم يصح الرهن عليها الى ان يحل لان المستحق عليه هنا غير مضبوط لان المعتبر من وجد منها عند الحلول جامعا للشرائط بخلاف الدين المؤجل ومعه الدية على غير العاقلة لاستقرار الحق على مستحق عليه معين وربما قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقر موجبها وان لم يستقر هي كقطع ما يوجب الدية فان غايته الموت ولا يوجب اكثر منها بخلاف ما دون ذلك وليس ببعيد **قوله** وكذا الجعالة قبل الرد ه اي لا يصح الرهن على مالها لعدم استحقاق المجعول له المال قبل تمام العمل وان شرع فيه كما سياتي في بابه ان شاء الله واختار في التذكرة جوازه بعد الشروع وقبل الاتمام لانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار وفيه نظر لما ذكرناه من عدم استحقاق شيء الان وان عمل اكثر والفرق بينها وبين البيع في زمن الخيار واضح لان البيع متى ابقي على حاله انقضت مدة الخيار وثبت له اللزوم والاصل فيه عدم الفسخ عكس الجعالة فان العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شيء

شيء والاصل عدم الاكمال **قوله** وكذا مال الكتابة ولو قيل بالجواز فيه كان اشبه ه الكتابة ان كانت مطلقة فهي لازمة اجماعا فيجوز الرهن على مالها بغير خلاف وان كانت مشروطة فعند الشيخ رحمه الله وجماعة انها جائزة من قبل العبد فيجوز له تعجيز نفسه فلا يصح الرهن على مالها لانتفاء فائدة الرهن وهي التوثق اذ للعبد اسقاط المال متى شاء ولانه لا يمكن استيفاء الدين من الرهن لانه ان عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب والاقوى المشهور من لزومها مطلقا كالمطلقة لعموم الامر بالوفاء بالعقود ويحقق الفائدة ويصح الرهن على مالها ولو قلنا بجوازها لا يمتنع الرهن كالثمن في مدة الخيار وعلى ما قررناه فاطلاق المص حكاية المنع اولا ثم حكمه بالجواز مطلقا ثانيا غير جيد **قوله** ولا يصح على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كالاجارة المتعلقة بعين الموجر مثل خدمته ويصح فيما هو ثابت في الذمة كالعمل المطلق ه لما كان الغرض من الرهن استيفاء الدين منه مع تعذر الوفاء اذ لا معلم يصح الرهن على الحق المتعلق بعين مخصوصة كما لو اجره نفسه شهرا معينا او داره كذلك او دابته المعينة لحمل معين ونحو ذلك لان تلك المنفعة لا يمكن استيفاؤها الا من العين المخصوصة حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت او خراب ونحوهما بطلت الاجارة بخلاف الاجارة المتعلقة بالذمة كما لو استاجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه او بغيره فان الواجب تحصيل المنفعة على اي وجه اتفق ومن اي عين كان فيصح الرهن عليها لامكان استيفائها منه **قوله** ولو رهن على مال رهنا ثم استدان آخر وجعل ذلك الرهن عليهما جاز ه لعدم المانع منه مع وجود المقتضي فان التوثق يبقى لشيء آخر لا ينافي

التوثق لآخر به خصوصاً مع زيادة قيمته على الاول ولا يشترط فسخ الرهن الاول
ثم تجديده لهما بل يضم الثاني بعقد جديد ويجوز العكس ايضاً بان يرهن على المال الواحد
رهناً آخر فصاعداً وان كانت قيمة الاول تفي بالدين الاول لجواز عروض ما
يمنع من استيفائه منه ولزيادة الارتفاق قوله ولا ينعقد مع الاكراه
اى لا ينعقد انعقاداً تاماً على حد ما يقع من المختار لانه يقع باطلاً لو اجازه
بعد ذلك مختاراً صح فهو كعقد الفضولي لا كعقد غير كامل العقل كالصبي والمجنون
حيث لا يقع وان اجازه بعد الكمال ومن ثم فصله عنه بقوله ولا ينعقد بعد
قوله يشترط تنبيهاً على اختلاف الحكم باختلاف العبارة ولا يخفى ان ذلك
كله في غير الاكراه الدافع للقصد فان عبارته ح يصير كعبارة غير الكامل
وقد سبق تحقيق ذلك كله في البيع قوله ويجوز لولي الطفل رهن ماله اذا افتقر
الى الاستدانة مع مراعاة المصلحة كان يستهدم عقاره ه ضابط جواز الرهن
حيث يكون الاستدانة له اولى من بيع شئ من ماله بحسب نظر الوصي و
يتوقف على الرهن وكذا يجوز ذلك حيث يجوز البيع ولم يمكن وحيث يجوز
الرهن يجب كونه في يد امين يجوز ايداعه منه ولا فرق بين الاولياء في ذلك
نبه عليه في التذكرة وهذا الحكم مما لا خلاف فيه عندنا وانما خالف فيه
بعض الشافعية فمنع من رهن ماله مطلقاً قوله ويجوز لولي اليتيم اخذ الرهن له
يمكن ان يراد بالجواز معناه الخاص فلا يجب لاصالة العدم خصوصاً اذا كان
الدين في ذمة ملي او ثقة ولجواز ايضاع ماله ولا يتصور فيه الرهن والاكد
ان يراد به معناه الاعم فيشمل الوجوب وهو المراد هنا وبه قطع في التذكرة
فانه قال ولو كان المشتري موسراً لم يكتف الولي به بل لا بد من الارتهان بالثمن
قال ولو لم يحصل او حسن الظن بيساره وامانته امكن البيع نسيئة بغير رهن

بغير رهن كما يجوز ابتياع مال الطفل انتهى وحيث يمكن الرهن يعتبر كونه مساوياً
للحق او زايداً عليه ليمكن استيفاؤه منه وكونه بيد الولي او بيد عدل ليتم التوثق
والاشهاد عليه ولو اخل ببعض هذه ضمن قوله ولا يجوز ان يسلف ماله
الا مع ظهور الغبطة ه وحيث يجوز يجب كون المديون ثقة ملياً ويرتهن
على الحق ما يفي بقيمته كل ذلك مع الامكان قوله ولا يجوز له اقراض ماله اذ لا غبطة
له نعم لو خشي على المال من حرق او غرق او نهب وما شاكله جاز اقراضه ه المراد اقراضه
من غيره فان ذلك غير جائز الا مع مصلحة الطفل كخوف تلف المال فيقرضه من
الثقة الملي ويرهن عليه ويشهد كما مر واما اقراضه مع عدم الضرر على الطفل
وان لم يكن له مصلحة لاطلاق رواية ابي الربيع عن الصادق ع انه سئل عن رجل
ولي يتيم فاستقرض منه فقال ان علي بن الحسين عليهما السلام قد كان يستقرض
من مال ايتام كانوا في حجره فلا بأس بذلك والرواية مع تسليم سندها
مطلقة يمكن تقييدها بالمصلحة وفي التذكرة شرط في جواز اقراضه الولاية
والملاءة ومصلحة الطفل واحتج عليه بالرواية المذكورة ومن مسوغات
اقراض مال اليتيم خوف تلفه بتسويس الحنطة وشبهها فيقرضها من الثقة
الملي مع الامكان بالرهن ليؤمن جحوده وتعذر الايفاء قوله ولو تعذر
اقتصر على اقراضه من الثقة غالباً ه اى اذا تعذر الرهن وظاهره وجوبه
ح لشرط تعذره في اقراض الثقة فيؤيد كون الجواز بمعناه الاعم وتقتضي العبارة
ان مع امكان الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقة ولا ملياً لانضباط الدين
بالرهن وفي التذكرة اعتبار الرهن والملاءة والثقة جمعاً مع الامكان
واسقط اعتبار الرهن مع عدم امكانه وبقي فيها وفي العبارة ما لو
تعذر الثقة ايضاً فظاهرهما جواز الاقراض حينئذ ويشكل حيث يؤدي

تركه الى تلف المال فانه لا يزيد على اكل المقترض له بل الظاهر انه كذلك اولى
لامكان حصوله منه بخلاف ما لو ترك وعلى تقدير تحقق عدم الوفا وتحقق التلف
بدونه يمكن او لوية اقراضه لثبوته في ذمته فيحتمل تحصيله او وارثه منه او
اخذه منه في الآخرة بخلاف التالف من الله الا انه يثبت العوض عليه تعالى
فقد يحتمل ترجيحه لانه اكثر والمراد بقوله المصنف من الثقة غالباً الثقة في ظاهر
الحال بمعنى الاكتفا بظاهر امره ولا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبر
عن الظاهر بالغالب نظراً الى ان الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله
كونه ثقة لان المراد كونه في اغلب احواله ثقة دون القليل من احواله
فان ذلك غير كاف والظاهر ان المراد بالثقة في هذا ونظايره العدل
لان ذلك هو المعتبر شرعاً مع احتمال الاكتفا بالثقة العرفية فانها اعم من
الشرعية على ما يظهر الآن من عرف الناس قوله واذا شرط المرتهن الوكالة
في العقد لنفسه او لغيره او وضع الرهن على يد عدل معين لزم ولم يكن
للراهن فسخ الوكالة على تردد ه اطلاق الرهن لا يقتضي كون المرتهن
وكيلاً في البيع لكن يجوز اشتراط كونه وكيلاً في عقد الرهن لانه من الشروط
السائغة وكذا يجوز اشتراطها لوارثه من بعده والوصية اليهما بذلك بعد
الموت وكذا يجوز اشتراطها لغيره وغير وارثه فاذا شرط ذلك فهل للراهن
فسخها بعد قولان احدهما الجواز اما لان الوكالة من العقود الجائزة
ومن شانها تسلط كل منهما على الفسخ او لان الشروط لا يجب الوفاء بها
وان كانت في عقد لازم بل غايتها تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط
فيه وان كان كما مر او لان لزوم الشرط انما يكون مع ذكره في عقد لازم
كالبيع والرهن ليس كذلك فان ترجيح احد طرفيه على الآخر ترجيح من غير

من غير مرجح ويضعف الاول بان جواز الوكالة بحسب اصلها لا ينافي
لزومها بسبب عارض كشرطها في عقد لازم وهو هنا كذلك والثاني
بمنع عدم وجوب الوفا بالشرط في العقود اللازمة وقد تقدم مع ان الوكالة
هنا مما العقد المشروط فيه كاف في تحققها فلا يحتاج بعده الى صيغة اخرى
لها لان الغرض منها مجرد الاذن باى لفظ اتفق وقد تقدم ايضاً انما العقد
كاف في تحققه جزء من الايجاب والقبول فحيث يكون لازماً يلزم وان قلنا
بعدم وجوب الوفا بشرط لا يكفي العقد في تحققه والثالث بان عقد الرهن
لما كان من طرف الراهن لازماً كان ما يلتزمه الراهن لازماً من قبله عملاً بمقتضى
اللزوم وقع من الراهن على نفسه فيلزم ولما كان من طرف المرتهن جائزاً كان
ما يلتزمه كذلك فيجوز له فسخ الوكالة وهو واضح لانها حقه فيجوز له تركه واما فسخ العقد
المشروط فيه فانه لا يتوجه هنا لان فسخ المرتهن للرهن يريده ضرراً نعم لو كان
مشروطاً في بيع مثلاً توجه فسخه الا ان المقصود هنا شرطها في عقد الرهن خاصة
قوله وتبطل مع موته دون الرهانة ه اى تبطل الوكالة المشروطة له او لغيره بموت
المشروط له لكون الوكالة من العقود الجائزة ومن شانها ان تبطل بالموت بل
لان الوكالة اذن في التصرف فيقتصر فيها على من اذن له فاذا مات بطلت من
هذا الوجه كما يبطل العقود اللازمة كالاجارة بموت من شرط عليه العمل بنفسه
واما الرهن فلا يبطل لانه وثيقة على الدين فما دام الدين باقياً يبقى الرهن ولا يقتضي
اذناً بمجرده في التصرف كما مر فعلى هذا ينتقل الرهانة الى الوارث لو كان الميت
المرتهن والوكالة له دون الوكالة الا مع شرطها للوارث كما مر قوله ولو مات
المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله حتى يعلم بعينه ه المراد ان الرهن لم يعلم
كونه موجوداً في التركة ولا معدوماً فح يكون كسبيل مال المرتهن اى بحكم ماله

بمعنى انه لا يحكم للراهن فى التركة بشئ عملا بظاهر حال كون ما تركه لورثته واصالة
براءة ذمته من حق الراهن اذ الرهن لم يتعلق بذمته لانه امانة ولا بماله لاصالة
بقاء ماله على ما كان من عدم استحقاق احد فيه شيئا بحسب الظاهر وان كان فى
نفس الامر يمكن كونه من جملة التركة وقوله حتى يعلم بعينه المراد به ان الحكم المذكور
ثابت الى ان يعلم وجود الرهن فى التركة يقينا سواء علم معينا ام مشتبها فى
جملة التركة وان كان ظاهر العبارة يؤذن بخلاف ذلك وان الرهن اذا لم يعلم
فى التركة معينا متميزا والا فهو كسبيل ماله وليس بمراد قطعا اذ لا فرق فى ثبوت
حق الراهن وغيره بين العلم بكون ماله متعينا فى مال آخر او متفقا وان كان مجهول
العين وطريق التخلص حينئذ الصلح واعلم ان المصنف وغيره ذكروا هذه المسئلة هنا جازمين
بحكمها على الوجه المذكور بعبارة متقاربة او متحدة وذكروا نظيرها فى باب الوديعة
وباب القرض واستشكلوا حكمها والامر فيه كذلك فان اصالة براءة ذمة المرتهن
معارضة باصالة بقاء المال والحال انه فى يد المرتهن وقد قال النبى صلى الله عليه وآله
على اليد ما اخذت حتى تؤدى فاذا مات ولم يعلم بعينه فاصالة بقائه وثبوت يده
تقتضى كونه فى يده فاذا لم يعلم عينه كان كالمعلوم بقاؤه وان لم يتحقق كونه من جملة
التركة لاحتمال كونه فى محل آخر الا ان على المرتهن التخلص منه وحيث لم يتعين يكون
مضمونا خصوصا اذا امكنه الوصاة والاشهاد فلم يفعل وعلى هذا فيحتمل كون حق
الراهن كالمال الموجود فيقدم بقدره على غيره من الديان لانه بمنزلة الشريك حيث
حكم ببقاء ماله ويحتمل كونه بمنزلة الديان لعدم العلم ببقاء عين المال واصالة بقائه بحسب
الظاهر فيكون بمنزلة الدين ويمكن ان يقال على اصل هذا الاشكال لا تعارض بين
الاصلين السابقين فان اصالة بقاء المال يمكن ان يجامع اصالة البراءة لان
المال بيد المرتهن غير مضمون بل هو امانة ثم يمكن تلفه بغير تفريط فلا يكون مضمونا وحينئذ

وحديث على اليد ما اخذت حتى تؤدى لا بد من تخصيصه بالامانات ولم يعلم هنا
ما يزيل الامانة فيبقى اصالة براءة الذمة دافعة لاستحقاق الراهن عن المال و
الذمة لعدم التعارض فيتم ما اطلقوه حيث يشتبه الحال وهذا البحث جار فى كل
امانة يمكن تلفها قبل الموت بغير تفريط **قوله** ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن موضع
الشبهة الموجبة لذكر المسئلة ما لو كان وكيلا فى البيع فانه يجوز له ان يبيعه
من نفسه ويتولى طرفى العقد لان الغرض وهو البيع بثمن المثل حاصل وخصوصية
الغاة حيث لم يتعرض لها وربما قيل بالمنع لان ظاهر الوكالة لا يتناوله والاقوى
الجواز فى كل وكالة وكذا يجوز له ان يبيع على ولده بطريق اولى ومنع ابن الجنيد
من بيعه على نفسه وولده وشريكه ومن يجرى مجراهما لتطرق التهمة **قوله** والمرتهن
احق باستيفاء دينه من الغرماء سواء كان الراهن حيا او ميتا على الاشهر ه فى
يتحقق التعارض فى الحى اذا كان مفلسا محجورا عليه اذ بدونه تخير فى الوفاء والخلاف
فى تقديم المرتهن على غرماء الميت وقد روى انه ح وغيره سواء هذا هو المشهور
والاقوى تقديمه مطلقا لسبق تعلق حقه بالعين لا يضمنه لو تلف ولا يسقط
من حقه شئ ما لم يتلف بتفريط بل ادعى عليه الشيخ الاجماع وقد روى انه لو تلف بغير
تفريط يقع التقاص بين قيمته وبين الدين وهو متروك وعليه نبه المصنف بقوله
ولا يسقط من حقه شئ والا فلو لا الرواية لم يصح اطلاق سقوط شئ من حقه
وان حكم بضمان الرهن لان الدين قد لا يكون من جنس ما يضمن به التالف
فلا يسقط من الحق شئ وان كان التالف مضمونا لاختلاف الحقين **قوله**
ولو تصرف فيه بركوب او سكنى او اجارة ضمن ولزمه الاجرة ه ضمان الاجرة
فى الاولين واضح لانه انتفاع بمال الغير بغير اذن فيضمن اجرته واما ضمان الاجرة
بالاجارة فانما يتم مع مضى مدة يقابلها اجرة عادة لا بمجرد عقد الاجارة كما يقتضيه

ظاهر العبارة وان كان ذلك يعد تعديا الا ان الاجرة لا تترتب عليه الا بمضى
مدة يحتملها كما لا يخفى على تقدير ضمان الاجرة فى الثلثة تختلف كيفية الضمان
فان المضمون فى الاولين اجرة المثل واما الثالث فاذا مضت مدة
الاجارة او ما يقابل باجرة فان الراهن متخير بين فسخ الاجارة والرجوع باجرة
المثل وبين الاجارة فيرجع بالمسمى وان كان للرهن مؤنة كالدابة انفق
عليها وتقاصا وقيل اذا انفق عليها كان له ركوبها او يرجع على الراهن
بما انفق القول للشيخ رحمه الله استنادا الى رواية ابى ولاد والمشهور انه
ليس للمرتهن التصرف فى الرهن مطلقا الا باذن الراهن فان تصرف لزمته
الاجرة فيما له اجرة والمثل او القيمة فيما يضمن كذلك كاللبن واما النفقة
فان امره الراهن بها رجع بما غرم والا استأذنه فان امتنع او غاب
رفع الى الحاكم فان تعذر انفق هو بنية الرجوع واشهد عليه ليثبت له استحقاقه
فان تصرف مع ذلك فى شئ مما ذكر سابقا ضمنه مع الاثم وتقاصا ورجع ذو الفضل
بفضله وهذا هو الاقوى والرواية محمولة على الاذن فى التصرف والانفاق مع
تساوى الحقين وربما قيل بجواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استيذانه
واستيذان الحاكم واستحسنه فى الدروس وفى الرواية دلالة عليه **قوله**
ويجوز للمرتهن ان يستوفى دينه مما فى يده ان خاف جحود الوارث مع اعترافه ه
المراد انه لم يكن وكيلا فى البيع اما لعدمها ابتداء واما لبطلانها بموت الراهن
كما مر فانه ح يجوز له البيع بنفسه ويستوفى ان خاف جحود الوارث للدين والمراد
الخوف المستند الى القرائن المثيرة للظن الغالب وكذا يجوز له ذلك لو خاف
جحود الراهن ايضا ولم يكن وكيلا كل ذلك مع عدم البينة المقبولة عند الحاكم
والا لم يجز بل يثبت عنده الدين والرهن ويستأذنه فى البيع وربما الحق بخوف

بخوف الجحود احتياجه الى اليمين فيجوز الاستبداد بالبيع دفعا له وليس بمعتمد
قوله ولو وطئ المرتهن الامة مكرها كان عليه عشر قيمتها او نصف العشر
وقيل مهر امثالها ه المراد العشر ان كانت بكرا او نصف العشر ان كانت
ثيبا وقيل مهر امثالها مطلقا لانه عوض الوطئ شرعا وربما قيل بتخير المالك
بين الامرين ورجحه الشهيد رحمه الله فى بعض حواشيه وهل يجب مع ذلك
ارش البكارة ولا يدخل فى المهر يحتمله لانه عوض جزء فائت والمهر على اى وجه
كان عوض الوطئ فان قيل اذا وجب ارش البكارة صارت ثيبا فيجب عليه
معه مهر الثيب قلنا اذا وطئها بكرا فقد استوفى منفعتها على تلك الحال
وفوت جزءا منها فيجب عوض كل منهما ولا يتداخلان ولان احدهما عوض
جزء والآخر عوض منفعة وربما قيل بدخوله فى العشر وعدم دخوله فى مهر المثل
واكثر عبارات الاصحاب هنا مطلقة **قوله** ولو طاوعته لم يكن عليه شئ
هذا هو المشهور ومستنده قوله صلى الله عليه وآله لا مهر لبغى وهو نكرة فى
سياق النفى فيعم وفيه منع دلالته على موضع النزاع لان الامة لا تستحق المهر
ولا تملكه فلا ينافى استحقاق سيدها له مع كون التصرف وقع فى ملكه بغير
اذنه وايضا فالمهر شرعا يطلق على عوض بضع الحرة حتى سميت به مهيرة
بخلاف الامة فالنفى محمول عليها بهذين الوجهين مضافا الى ما ذكرناه فثبوت
المهر اقوى والمراد به احد الامرين السابقين ثم على تقدير نفيه لا شبهة
فى ثبوت ارش البكارة هنا لانها جناية على مال الغير فيثبت ارشها **قوله**
ولو استترا قبضه الحاكم ولو كانا غائبين واراد تسليمه الى الحاكم او الى
عدل آخر من غير ضرورة لم يجز ويضمن ه المراد بالاول انهما استترا عمدا لئلا
يتسلماه منه مع طلبه منهما تسلمه فانه ح يرفع امره الى الحاكم اذ لا يجب عليه

الاستمرار على الاستيداع والحاكم ولي الممتنع الا لو كانا غائبين اتفاقا فان المستودع يجب عليه الصبر الى ان يحضرا اذ لم يحصل منهما تقصير فان عرض له عذر عن ابقائه كسفر عزم عليه او مرض خاف منه دفعه الى الحاكم حينئذ لانه ولي الغائب وللحاكم حينئذ ان ينصب عدلا يقبضه لهما لا يقال اذا كان الحاكم ولي الغائب فللعدل دفعه اليه مع غيبتهما وان لم يكن لضرورة كما له دفعه الى مالكه كذلك لانا نقول ان ولاية الحاكم ليست كولاية المالك مطلقا بل هي منوطة بالحاجة والمصلحة ومن القواعد المقررة وسياتي في بابها ان الودعي ليس له دفع الوديعة الى الحاكم مع امكان المالك ولا مع غيبته الا مع الضرورة وهذه من افراد تلك ولو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع اليه في الموضعين وفي هذا الفرق بحث ولو تعذر الحاكم واضطر الى الايداع اودعه الثقة واشهد عليه عدلين ولا ضمان **قوله** ولو وضعه على يد عدلين لم ينفرد به احدهما ولو اذن له الآخر ه لان الراهن لم يرض بامانة احدهما منفردا فلا يجوز لاحدهما الانفراد وان اذن الآخر ومتى سلمه احدهما الى صاحبه ضمن كل منهما في الجملة لكن هل يضمن الجميع بناء على ان كلا منهما يجب عليه حفظ اجمع وقد حصل منه سبب الضمان للجميع فيتخير المالك في تضمين ايهما شاء ام يضمن النصف لانهما بمنزلة امين واحد والواجب عوض واحد وهما متساويان في سبب الضمان احدهما بالتفريط والآخر بالعدوان فيه وجهان اجودهما الاول لما ذكر ويضعف الثاني بمنع كونهما بمنزلة امين واحد بل كل منهما امين على الجميع وان كان قد شرط انضمامه الى الآخر وتساويهما في ثبوت سبب الضمان لا يقتضي التقسيط كما لو ترتبت ايدي الغاصبين على العين الواحدة وعلى

وعلى هذا فالاجود استقرار الضمان على من تلفت في يده مع احتمال استقراره على من ضمنه المالك **قوله** ولو باع المرتهن الرهن او العدل ودفع الثمن الى المرتهن ثم ظهر فيه عيب لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن اما لو استحق الرهن استعاد المشتري الثمن منه ه الفرق بين العيب والاستحقاق ان العيب لا يبطل البيع وانما يبطل بفسخ المشتري من حين الفسخ وهو بعد قبض المرتهن الثمن وتعلق حق الوثيقة به سواء كان قد اخذه من دينه اما ابقاه وثيقة بل تعلق الوثيقة به في الحقيقة حصل بمجرد البيع لانه وقت نقل الثمن الى الراهن فلا يبطل الفسخ الطاري من المشتري بل يرجع المشتري على الراهن بعوض الثمن بخلاف ظهور استحقاق الرهن فانه يبطل البيع من اصله فلا يدخل الثمن في ملك الراهن ولا يصح قبض المرتهن له وح فيطالب به من هو في يده من العدل والمرتهن ولو وجده تالفا فان كان تلفه في يد العدل والمشتري عالم بانه وكيل فالرجوع على الراهن وان لم يعلم رجع على العدل لان المعاملة بينهما والثمن مملوك للمشتري فيكون مضمونا على من هو في يده ظاهرا ويرجع العدل على الراهن وان كان التلف في يد المرتهن رجع عليه بالعوض ايضا وهل يغرمه المرتهن او يرجع على الراهن نظر ومقتضى قواعد الغصب رجوعه مع جهله وعلم الراهن بالاستحقاق لغروره والكلام آت فيما لو تلف الرهن في يد المرتهن ثم ظهر مستحقا **قوله** واذا مات المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه الى الوارث ه وضع الرهن في يد المرتهن او غيره مشروط باتفاقهما عليه فان شرطا شيئا في عقد الرهن تعين والا فعلى حسب ما يتفقان عليه فاذا كان في يد المرتهن بالاشتراط او بالاتفاق فمات لم يجب على الراهن ابقاؤه

في يد وارثه فانه قد يستامن المورث ولا يستامن الوارث وكذا للوارث الامتناع من تسليم الرهن له وح فان اتفقا على احد ممن يجوز توكيله وان لم يكن عدلا جاز والا تسلمه الحاكم او سلمه الى عدل ليقبضه لهما وكذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع من ابقائه في يد المرتهن والعدل لانهما في القبض بمنزلة الوكيل تبطل وكالته بموت الموكل وان كانت مشروطة في عقد الرهن الا ان يشترط استمرار الوضع بعد موته فيكون بمنزلة الوصي في الحفظ **قوله** ولو خان العدل نقله الحاكم الى امين غيره ان اختلف المالك والمرتهن ه اذا اتفقا على وضعه على يد عدل فخان فان اتفقا على بقائه في يده او يد غيره فلا كلام والا رفع الممتنع امره الى الحاكم ليخرجه من يده الى يد عدل غيره وكذا لو تجدد للعدل عداوة دنيوية لاحدهما او ضعف عن حفظه ولو اختلفا في التغير المجوز للنقل بحث عنه الحاكم فان ظهر التغير نقله والا اقره وكذا لو كان في يد المرتهن فادعى الراهن تغير حاله **قوله** لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام ولا سكنى ولا اجارة ه لما كان الرهن وثيقة لدين المرتهن اما في عينه او بدله لم تتم الوثيقة الا بالحجر على الراهن وقطع سلطنته ليتحرك الى الاداء فمن ثم منع الراهن من التصرف في الرهن سواء ازال الملك كالبيع ام المنفعة كالاجارة ام انقص المرهون وقلل الرغبة فيه كالتزويج ام زاحم المرتهن في مقصوده كالرهن لغيره ام اوجب انتفاعا وان لم يضر بالرهن كالاستخدام والسكنى ولا يمنع من تصرف يعود نفعه على الرهن كمداواة المريض ورعي الحيوان وتابير النخل وختن العبد وخفض الجارية ان لم يؤد الى النقص اذا تقرر ذلك فلو تصرف الراهن بما يمنع منه فان كان بعقد كان موقوفا على اجازة المرتهن فان اجازه صح والا بطل وان كان بانتفاع منه او ممن سلطه عليه ولو بعقد لم يصح وفعل محرما ثم ان قلنا ان النماء المتجدد يتبع الرهن ثبت عليه اجرة ذلك

الفصل السادس في اللواحق وفيه مقاصد في احكام متعلقة بالرهن الاول لا يجوز الخ

ذلك ان كان مما له اجرة عادة وكانت رهنا وان لم نقل بالتبعية لم يلزمه شيء واطلق الشيخ رحمه الله انه لو آجره فالاجرة له وجوز للراهن الانزاء على الانثى مطلقا وهو ضعيف لتعرضه للنقص ولانه انتفاع في الجملة هذا كله اذا لم يكن العقد او الاذن من الراهن للمرتهن فلو كان معه بان آجره او اسكنه او حلله الوطي او باعه وشبه ذلك صح لانحصار الحق فيهما كما لو اتفقا على ذلك للغير وفي صحة العتق مع الاجازة تردد والوجه الجواز منشا التردد من كون العتق ايقاعا فلا يكون موقوفا لاعتبار التنجيز فيه ومن ان المانع حق المرتهن وقد زال باجازته وهو اقوى ونمنع منافاة التوقف المذكور للتنجيز كغيره من العقود التي يشترط فيها ذلك ايضا فان التوقف الممنوع هو توقف المقتضي على شرط لا على زوال مانع وعلى هذا لو لم يبطله المرتهن الى ان افتك الرهن لزم **قوله** وكذا المرتهن ه عطف على اول المسالة والمشبه به عدم جواز تصرف الراهن في الرهن بشيء من الامور المذكورة سابقا لا على مسالة العتق لانها تاتي **قوله** وفي عتقه مع اجازة الراهن تردد والوجه المنع ه وجه التردد قريب مما سبق الا ان المنع هنا اقوى بل كثير من الاصحاب لم يتوقف في حكمه لان المرتهن غير مالك ولا عتق الا في ملك فيكون كالفضولي لا يصح عتقه بالاجازة **قوله** ما لم يسبق الاذن ه اي اذن الراهن للمرتهن في العتق فانه يصح العتق حينئذ لزوال المانع وقد يشكل بان المرتهن غير مالك واذن الراهن له لا يصيره مالكا له فياتي ما تقدم ويندفع بما سياتي ان شاء الله تعالى في العتق من ان الماذون والمامور بعتق عبده عن غيره يصح عتقه وينتقل الى ملك الآمر والماذون له قبل ايقاع الصيغة آنا يسيرا او بالصيغة المقترنة بالامر او الاذن ولو كان اذن الراهن للمرتهن في عتقه مطلقا او عن الراهن فلا اشكال لان المرتهن ح وكيل عن المالك ولو حملت العبارة على ذلك كان اولى واسترحنا من ذلك الاشكال المتوقف زواله

على امور خفية **قوله** وهل تباع قيل لا ما دام الولد حيا وقيل نعم لان حق المرتهن
اسبق والاول اشبه ه اذا وطئ الراهن امته المرهونة فاحبلها صارت ام
ولد سواء وطئ باذن المرتهن ام لا وان لزمه الاثم في الثاني والتعزير وعلى
التقديرين لا يبطل الرهن لعدم المنافاة بينه وبين الاستيلاد لجواز موت
الولد وهل يجوز بيعها مع حياته لاجل الدين اقوال اجلها الجواز مطلقا لاطلاق
الاوامر ببيع الرهن في الدين وسبق حق المرتهن على الاستيلاد وثانيها المنع
مطلقا للنهي عن بيع ام الولد وتشبثها بالحرية وبناء العتق على التغليب كل ذلك
ما دام ولدها حيا من الرهن وثالثها التفصيل باعسار الراهن فتباع ويساره
فيلزمه القيمة من غيرها تكون رهنا جمعا بين الحقين اختاره في التذكرة وهو قول
الشيخ في الخلاف ومرجع الاقوال الى تعارض ادلة منع بيع ام الولد وتسويغ بيع الرهن
فمنهم من جمع بينهما ومنهم من رجح والاقوى ترجيح جانب الرهن لسبق سببه
فيجوز البيع مطلقا اقوى وبما قيل يجوز بيعها مع وطئه بغير اذن المرتهن ومنعه
مع وقوعه باذنه واختاره الشهيد رحمه الله في بعض حواشيه فيكون الاقوال اربعة
قوله ولو وطئها الراهن باذن المرتهن لم تخرج عن الرهن بالوطئ ه لا شبهة
في عدم خروجها عنه بمجرد الوطئ اذ لا منافاة بينهما بل لا تخرج بالحبل ايضا كما
قدمناه وان منعنا من بيعها لامكان موت الولد فانه مانع فاذا زال عمل السبب
السابق عمله **قوله** ولو اذن له في بيعها فباع بطل الرهن ولا يجب جعل الثمن
رهنا ه لما كان حق المرتهن متعلقا بعين الرهن فاذا اذن للراهن في ما فيه
زوال الملك عنه فان كان بغير عوض كالعتق والهبة فلا اشكال في عدم لزوم
اقامة بدله لزوال متعلق الرهن وهو العين باذن المرتهن سواء كان الدين
حالا ام مؤجلا وان كان بعوض كالبيع فالمشهور انه كذلك لعين ما ذكر وللشيخ

رحمه الله قول بان الاذن ان كان بعد محل الحق يكون الثمن رهنا مكانه
لان عقد الرهن يقتضي بيع الرهن عند محله فينصرف الاذن اليه هل اكله
مع عدم شرط جعل الثمن رهنا عند الاذن في البيع والا لزم قطعا لعموم قوله
صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك ايضا بين
ان يكون الدين حالا او مؤجلا ومثله في الجواز ما لو كان الدين مؤجلا فاذن
المرتهن في البيع بشرط ان يعجل حقه من ثمنه فيلزم الشرط لانه شرط سائغ تدعو
الحاجة اليه نبه عليه في التذكرة **قوله** ولو اذن الراهن للمرتهن في البيع قبل
الاجل لم يجز للمرتهن التصرف الا بعد حلوله ولو كان بعد حلوله صح ه وجه عدم
الجواز ظاهر لعدم استحقاقه والاذن في البيع لا يقتضي الاذن في تعجيل الاستيفاء
ولو كان ذلك بعد الحلول فقد اطلق المص صحة التصرف للمرتهن وهو مبني على
كون الحق موافقا للثمن جنسا ووصفا فلو خالفا لم يجز التصرف فيه الا باذن
المرتهن كما لا يجوز له التصرف في نفس الرهن لافتقاره الى معاوضة اخرى **قوله**
واذا حل الاجل وتعذر الاداء كان للمرتهن البيع ان كان وكيلا والا رفع امره
الى الحاكم ليلزمه البيع فان امتنع كان له حبسه وله ان يبيع عليه ه هذا احكم استيفاء
المرتهن حقه من الرهن وحاصله انه ان كان وكيلا باع الرهن بنفسه مع حلول
الدين اما باصله او بانقضاء اجله حتى لو كان حالا فله البيع في مجلس
الرهن ما لم يشترط عليه تاخير التصرف الى مدة فيقوم مقام تاجيل الدين
وان لم يكن وكيلا طلب من الراهن البيع او الاذن فيه فان فعل والا رفع
امره الى الحاكم والمص رحمه الله طوى هذه الواسطة لظهور امرها فيلزمه
الحاكم بالبيع او يبيع عليه لانه ولي الممتنع لعدم بينة مقبولة او حاضرة
عنده والثاني ما تعذر وصوله الى الحاكم لعدمه او لبعده فيحتمل حينئذ قويا

مع الثمن

يجوز التصرف فيه مال المرتهن
مع موافقته للحق
في الجنس والصفة

وهذا الكلام لا اشكال فيه وانما يقع
الاشكال في موضعين احدهما
لو كان حقه لا يمكنه اثباته
عند الحاكم لعدم حجة

جوازا استقلاله بالبيع بنفسه ويستوفي حقه كما لو ظفر بغير جنس حقه من مال المديون
وهو جاحد ولا بينة وهو خيرة التذكرة بل فرضها فيما هو ابلغ من ذلك وهو
ما لم يكن في البلد حاكم والظاهر ان المعتبر بعده بحيث يشق التوصل اليه عادة
لا مطلق كونه في غير البلد ولو امكن اثباته عند الحاكم بالبينة لكن افتقر الى
اليمين لكون المدعى عليه غائبا ونحوه فالظاهر انه غير مانع ولا يجوز له
الاستقلال لامكان الاستيفاء من وكيل المديون وهو الحاكم فلا يستبد
بنفسه مع احتمال الجواز دفعا لمشقة الحلف بالله تعالى **قوله** الرهن لازم
من جهة الراهن ليس له انتزاعه الا مع الاقباض او الابراء منه او تصريح
المرتهن باسقاط حقه من الارتهان ه عقد الرهن ذو جهتين بالنسبة
الى الجواز واللزوم فهو لازم من قبل الراهن وجائز من قبل المرتهن والفرق ان
الراهن يسقط حق غيره والمرتهن يسقط حق نفسه وليس له نظير في العقود
الا الكتابة المشروطة عند الشيخ رحمه الله فانها لازمة من قبل السيد جائزة من
قبل العبد نعم ربما اشبه عقد الفضولي من احد الجانبين فانه لازم من قبل
من عقد لنفسه جائز من قبل من عقد عنه فضولا وعلى هذا يمكن تمشيه في
سائر العقود على هذا الوجه اذا تقرر ذلك فلا يجوز للراهن انتزاعه بغير
اذن المرتهن مطلقا وما استثناه المص يخرج عن كونه رهنا فالاستثناء
فيه منقطع وجملة ما ذكر من مبطلات الرهن ثلثة احدها اقباض الدين و
لا يعتبر كونه من الراهن بل لو اقبضه غيره وان كان متبرعا فك الرهن وفي
حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن والحوالة به وثانيها ابراء المرتهن له من
الدين وفي حكمه الاقالة المسقطة للثمن المرهون به او المثمن المسلم فيه المرهون
به وبالجملة فانما يبطل براءة ذمة الراهن من جميع الدين فلو عبر به المص كان

كان اشمل مضافا الى الثالث وهو اسقاط المرتهن حقه من الرهانة بمعنى فسخه
لعقدها وامره واضح لجوازه من قبله بقي في المسئلة امر آخر وهو ما لو اقبض
البعض وابراءه هو منه فهل يكون حكمه حكم ما لو اقبض الجميع او ابراه منه يحتمل
ذلك لان الرهن انما وقع في مقابلة مجموع الدين من حيث هو مجموع وقد
ارتفع بعضه فيرتفع المجموع ضرورة ارتفاعه بارتفاع بعض اجزائه فعلى هذا
يبطل الرهن بسقوط جزء ما من الدين وان قل ويحتمل بقاؤه اجمع ما بقي من
الدين جزء نظرا الى الغالب من تعلق الاغراض باستيفاء الدين عن آخره
من الرهن وهذا هو الذي قواه في الدروس وادعى في المبسوط انه اجماع
والاول مختار القواعد نعم لو شرط كونه رهنا على المجموع لا على جزء منه فلا اشكال
في الاول كما انه لو شرط كونه رهنا على كل جزء فلا اشكال في بقائه ما بقي جزء
وعلى الاول لو بذل الراهن شيئا من الدين ففي وجوب قبوله في غير ما يلزم
منه نقص المالية كمال السلم وثمن المبيع نظر من ادائه الى الضرر بالانفساخ
ومن وجوب قبض بعض الحق في غير ما ذكر ويمكن ان يلحق هذا الفرد ببعض المالية
فان ابطال الرهن موجب للقبض خصوصا مع اعسار الراهن فيؤدي
الى الضرر المنفي وبقي في المسئلة عند الاطلاق احتمال ثالث وهو مقابلة اجزاء
الرهن باجزاء الدين وتقسيطه عليها كما هو مقتضى كل معاوضة فاذا برئ
من بعض الدين ينفك من الرهن بحسابه فمن النصف النصف ومن الثلث
الثلث وهكذا وهذا الاحتمال متوجه لان اطلاق المقابلة بين الامرين
في المقابلة يقتضي ذلك الا انه يشكل بما لو تلف جزء من المرهون فانه يقتضي
ان لا يبقى الباقي رهنا على مجموع الدين بل على جزء يقتضيه الحساب ويمكن
اندفاع هذا بما ذكروه في توجيه الاحتمال الثاني من تعلق الغرض باستيفاء

الثاني في احكام الرهن اللازم متعلقة بالرهن

لو

كل

يلزم

للنقص

بالجزم

المعاملة

الخامس عشر

امانة شرعية

الدين كله من الرهن ومرجعها الى دلالة العرف على هذا المعنى **قوله** وبعد ذلك تبقى
امانة في يد المرتهن لا يجب تسليمه الا مع المطالبة ه المراد انه يبقى في يد المرتهن
بعد انفساخ الرهن امانة مالكية لا شرعية ومن لوازمها عدم وجوب
تسليمها الى مالكها الا بمطالبته بخلاف الشرعية وانما كان كذلك لانه مقبوض
باذن المالك وقد كان وثيقة وامانة فاذا سقطت الوثيقة بقيت الامانة
فتصير بمنزلة الوديعة لا بمنزلة ما لو اطار الريح ثوبا الى دار انسان حيث يلزمه
رده على مالكه ابتداء او اعلامه به وهذا ونحوه هو المعبر عنه بالامانة الشرعية
حيث ان الشارع جعله امينا عليه دون المالك فيجب المبادرة الى احد الامرين
لان المالك لا يرضى بكونه في يده ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ذهب
الى انه اذا قضاه يكون مضمونا واذا ابراه ثم تلف الرهن في يده لا يضمنه استحسانا
وهو تحكم بل ينبغي العكس فانه مع القضا يكون المالك عالما بانفكاك ماله فاذا لم يطالب
به فقد رضي ببقائه امانة واما الابرآء فقد لا يعلم به الراهن فلا يكون تاركا لماله باختياره
قال في التذكرة وينبغي ان يكون المرتهن اذا ابرأ الراهن من الدين ولم يعلم الراهن
ان يعلمه بالابرا او يرد الرهن عليه لانه لم يتركه عنده الا على سبيل الوثيقة
بخلاف ما اذا علم لانه قد رضي بتركه في يده وهو حسن **قوله** ولو شرط انه
لم يؤد ان يكون الرهن مبيعا لم يصح ه المراد به رهنه الرهن على الدين المؤجل
وشرطه انه ان لم يؤد الدين في ذلك الاجل يكون الرهن مبيعا له بالدين او
بقدر مخصوص فانه لا يصح الرهن ولا البيع اما الرهن فلانه لا يتوقت الا بالوفاء
واما البيع فلانه لا يتعلق وعبارة المص مطلقة الا انها منزلة على ذلك وان كان
الاطلاق منطبقا ايضا الا انه حيث لم يتعين وقتا لا يتحقق عدم الوفاء ما دام الراهن
حيا فيتعلق البيع على الوفاء وهو غير صحيح ايضا الا ان الاصحاب وغيرهم فرضوها

فرضوها كما ذكرناه وقد يكتفي في تعليل بطلان الرهن ببطلان البيع المعلق فهو
شرط فاسد دخل على العقد فافسده كما تقدم وخالف في ذلك بعض العامة فصحح
الرهن وافسد البيع لان الراهن اذا رضي بالرهن مع هذا الشرط كان اولى
ان يرضى به مع بطلانه وفساده ظاهر لان مجرد الرضا غير كاف مع اختلال
شرائط العقد اذا تقرر ذلك فلو قبضه المرتهن على هذا الوجه ضمنه بعد الاجل
لا قبله لانه في مدة الاجل رهن فاسد وبعده مبيع فاسد وفاسد كل عقد يتبع
صحيحه في الضمان وعدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك
وحيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك والسر في ذلك انهما
تراضيا على لوازم العقد فحيث كان صحيح البيع مضمونا فقد دخل القابض على الضمان
ودفع المالك عليه مضافا الى قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى
تؤدي وهو واضح وحيث كان صحيح الرهن غير مضمون يكون التسليم واقعا على اعتقاد
صحة العقد فلم يقصد المسلم ضمانا بل سلم على قصد العدم ولم يلزم المتسلم ضمانا
ايضا فسلم له وهذا القسم انما يتم لو كانا جاهلين بالفساد او عالمين به لان الاذن
الدافع في القبض فيكون بمنزلة الامانة وكذا لو كان الدافع عالما به والقابض
جاهل اما لو انعكس اشكل من حيث انه اخذ بغير حق والدافع توهم اللزوم والالجاء
بدفع ماله فينبغي ان يكون مضمونا لعموم الخبر السابق الا ان الاصحاب وغيرهم
اطلقوا القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها احد ويمكن توجيهه ايضا بان المالك
اذن في قبضه على وجه لا ضمان فيه والمتسلم تسلمه منه كذلك وعدم رضاه لو علم
بعدم اللزوم غير معلوم فالاذن حاصل والمانع غير معلوم **قوله** ولو غصبه
ثم رهنه صح ولم يزل الضمان وكذا لو كان في يده ببيع فاسد ولو اسقط عنه الضمان
صح ه الضمير البارز في غصبه ورهنه يعود الى المال المجهول رهنا واما

المستكن فيهما فلا يخلو من خفاء فيمكن ح ان يكون الفعلان مبنيين للمعلوم
فيعود ضمير غصب الى فاعل الغصب المدلول عليه بالمقام التقي به لا من
اللبس وضمير رهن الى المغصوب منه المدلول عليه بالغصب لاستلزام
غاصبا ومغصوبا ومغصوبا منه وعلى هذا فيصير ضمير رهنه البارز احد
مفعوليه والثاني محذوف والتقدير رهنه منه او اياه او الغاصب ونحوه
ويمكن الصيغة الاولى للمجهول وضميره المستكن نائب الفاعل وضمير رهنه
المستكن يعود اليه اي لو غصب انسان ماله ثم رهنه ذلك المغصوب منه
التقدير انه رهنه من الغاصب الا ان فيه قصور العبارة عن تأدية هذا
التقدير ولا بد منه لانه مفروض المسئلة الا انه يظهر بمعونة ما يأتي من قوله
ولم يزل الضمان ويمكن العكس بان يبنى الصيغة الاولى للمعلوم والثانية
للمجهول وتقدير الاولى كما مر وضمير رهنه المستكن الذي هو نائب الفاعل
يعود الى الغاصب والبارز الى المال الضمير في غصبه ولا يحتاج الى
بيان الفاعل لظهور ان الراهن شرعا لا يكون الا المالك المغصوب منه
وهذا الوجه الاخير اوجه الثلثة وان اشتركت في الدلالة على عضوبة تأدية
العبارة اذا تقرر ذلك قد عرفت فيما تقدم انه يجوز رهن العين المغصوبة
عند الغاصب والخلاف في قبضه هل يتحقق بمجرد العقد او لا بد فيه من اذن
جديد وان المص اختار تحققه بمجرد العقد اكتفاء بالقبض السابق وبقي الكلام هنا
في ان الضمان الذي قد حصل بالغصب هل يزول بالرهن ام لا وانما
يقع الاشتباه لو اكتفينا بالقبض السابق كما اختاره المص اما لو قلنا بافتقار
الرهن الى قبض جديد فلا شبهة في انه قبله مضمون لانه قبله مضمون بالغصب
والمص رحمه الله جزم ببقاء الضمان وان تحقق القبض المصحح للرهن ووجهه ان الضمان

الضمان كان حاصلا من قبل ولم يحصل ما يزيله فيستصحب وانما قلنا انه لم يحصل
ما يزيله لان الحاصل وهو الرهن المقبوض يجامع الضمان كما لو تعدى المرتهن
في الرهن فانه يصير مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان واذا لم يكونا
متنافيين استمر الضمان لعدم المعارض ولقوله صلى الله عليه وآله على اليد
ما اخذت حتى تؤدي ولان ابتداء كل شيء اضعف من استدامته بناء على
احتياج المبتدأ الى المؤثر قطعا واستغناء الباقي عنه او الخلاف في احتياجه
فان المتفق على احتياجه اضعف من المختلف فيه واذا كانت حالة الرهن
القوية وهي استدامته لا تمنع حالة الضمان الضعيفة وهي ابتداؤه كما اذا
طرأ التعدي على الرهن فلا تمنع حالة الرهن الضعيفة حالة الضمان القوية
وهي استدامته لو طرأ ابتداء الرهن على استدامة الغصب اولى
خصوصا وقد تقدم ان وجه الاكتفا بالقبض السابق وان كان غصبا
صدق قوله تعالى فرهان مقبوضة اعم من كونه مقبوضا امانة وعدوانا
وح فيبقى ضمان الغصب مستمرا الى ان يقبضه المالك ثم يرده اليه او يسقط
عنه ضمانه واستقرب العلامة في القواعد زوال الضمان هنا بمجرد العقد
لانصراف القبض المستدام بعده الى الرهن المقتضي لصيرورته امانة ولزوال
السبب المقتضي للضمان لانه لم يبق غاصبا فلا يبقى الحكم مع زوال سببه
وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه وحدوث التعدي في الرهن يوجب
الضمان للعدوان لا للغصب والحال ان هنا قد زال سبب الضمان
ولم يحدث ما يوجبه والاقوى الاول وقد عرفت انه لا منافاة بين انصراف
القبض الى الرهن وبقاء الضمان والوجهان آتيان فيما لو لم يكتف بالقبض السابق
وجدد له المالك الاذن في القبض بتقريب الدليل لان زوال الضمان هنا اقوى

بتفاوت السوق فان تفاوته غير مضمون على الغاصب على الاقوى فهنا اولى
وان كان التفاوت لنقص في العين ضمنه المستعير كما يضمن الجملة وفي
حكم التلف تعذر رده بالغصب ونحوه اما تعذره لبيع المرتهن له فسياتي
حكمه فاطلاق المص تعذر اعادته يحتاج الى التقييد واما لحوق هذه العارية
الحكمان السابقان بعد الرهن اما قبله فالاقرب انتفاؤهما فلا يضمن الا
بالتفريط ويجوز للمعير الرجوع فيها وكذا يجوز بعده قبل القبض ان جعلناه شرطا
في اللزوم ثم ان سوغ المالك الراهن الرهن كيف شاء جاز رهنه ممن شاء
على اي مقدار شاء باي اجل شاء وان قيد له بعضها تقيد وان اطلق الاذن
ففي جوازه قولان احدهما الجواز وتخير كما لو عمم عملا بالاطلاق وبه قطع في
الدروس والثاني المنع لما فيه من الغرر والضرر بكثرة تفاوت الدين والمرتهن
والاجل وهو اولى فيذكر قدر الرهن وجنسه ووصفه وحلوله وتاجيله
وقدر الاجل فان تخطى حينئذ كان فضوليا الا ان يرهن على الاقل فانه يدخل
بطريق اولى **قوله** ولو بيع باكثر من ثمن مثله كان له المطالبة بما بيع به ه
اذا اراد المرتهن استيفاء دينه من الرهن المستعار فحكمه حكم غيره من جواز بيعه
ان كان وكيلا والا استاذن المالك والا الحاكم كما مر فاذا باعه على وجه يصح
فليكن بثمن المثل فصاعدا كما في كل وكيل فان باعه باكثر فللمالك الاكثر لانه
ثمن ملكه اذ العين باقية على ملكه الى زمان البيع ولا يتصور بيعه بنقصان
عن قيمته فعبارة المص بثبوت الزيادة عن ثمن المثل اجود من عبارة القواعد
بانه يرجع باكثر الامرين من القيمة وما بيع به لايهامه امكان بيعه بدون القيمة
وهو ممتنع بخلاف الزيادة لامكان اتفاق راغب فيها يزيد عن ثمن المثل
بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريه لكونه على خلاف العادة المعروفة في

عم بدل الدروس

في ثمن مثله وربما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحة البيع بسبب قلة الراغب
في الشراء مع كون قيمة المال في ذلك الوقت والمكان عند ذوي الرغبة ازيد
مما بذل فيه ويشكل بان المعتبر في القيمة ما يبذل في ذلك الوقت لا ما يمكن بذله
فان كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواه والا لم
يصح البيع **قوله** واذا رهن النخل لم يدخل الثمرة وان لم تؤبر ه زوائد الرهن
الموجودة حال الرهن متى كانت منفصلة كالولد واللبن او متصلة لكن تقبل
الانفصال كالثمرة والشعر والصوف المستجزين لم يدخل في الرهن على
المشهور واستقرب في التذكرة دخول الصوف والشعر على ظهر الحيوان
محتجا بانه كالجزء منه وتردد في دخول اللبن في الضرع وفي القواعد تردد في الامرين
ولا فرق في ذلك بين ثمرة النخل وغيره وانما خص المص ثمرة النخل لانها بعد
الظهور وقبل التابير يدخل في بيع الاصل بخلاف غيرها من الثمار فانها
متى ظهرت لا تدخل في عقده مطلقا ولما كان ذلك الحكم مختصا بالبيع نبه
المص عليه هنا ونبه به ايضا على خلاف بعض العامة حيث ادخله قياسا
على البيع كل ذلك مع عدم الشرط **قوله** وكذا لو رهن الارض لم يدخل الزرع
ولا الشجر ولا النخل ولو قال بحقوقها دخل وفيه تردد ه منشا التردد من
توهم كون الشجر من حقوق الارض كما فهمه الشيخ رحمه الله ومن ظهور عدمه
اذ لا يعد من حقوقها لغة ولا عرفا والاصح عدم الدخول وقد سبق مثله في
البيع نعم لو قال بجميع ما اشتملت عليه ونحوه دخلت على الظاهر **قوله**
وكذا ما ينبت في الارض بعد رهنها سواء انبته الله تعالى او الراهن او اجنبي
اذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون ه انما خص ذلك بعد حكمه بعدم دخول
النما المتجدد لينتبه على ان مثل هذا لا يعد نماء للارض فلا يحكي فيه

المستجد بدل

لان اذن المالك له في قبضه بمنزلة قبضه اياه ثم دفعه اليه لانه كوكيله بخلاف
السابق وهذا البحث آت في كل قبض مضمون كالمقبوض بالبيع الفاسد
والسوم على القول به والمستعير المفرط والمشروط عليه الضمان لاشتراك
الجميع في المعنى **قوله** وما يحصل من الرهن من فائدة فهي للراهن ه المراد
بما يحصل منه زوائده وفوائده متصلة كانت او منفصلة متولدة كالثمرة
ام لا كالكسب فان جميعها ملك للراهن تبعا للاصل فان حبسه بحق
المرتهن لا يخرجه عن حقيقة الملك وبقي انه هل يدخل معه في الرهن ام لا
وسياتي **قوله** ولو حملت الشجرة او الدابة او المملوكة بعد الارتهان كان
الحمل رهنا كالاصل على الاظهر ه عدوله عن المسئلة السابقة الى الامثلة
المذكورة يوهم ان الخلاف فيما ذكر وقد كان الاولى تفريعها على السابق بان
يقول بعد الحكم بكون الفوائد ملكا للراهن وهل يدخل في الرهن تبعا للاصل
ام لا ويحكم بما يختاره والحاصل ان فوائد الرهن وزوائده المتجددة بعد
الارتهان ان كانت متصلة اتصالا لا يقبل الانفصال كالسمن و
الطول دخلت اجماعا وان كانت منفصلة كالثمرة والولد او تقبل
الانفصال كالشعر والثمرة قبل الجداد ففي دخولها قولان احدهما وهو المشهور
بل ادعى عليه ابن ادريس الاجماع ما اختاره المص وهو دخولها فيه ووجهه
اما الاجماع المنقول بخبر الواحد او ان النماء من شانه تبعية الاصل في الحكم
كما يتبع ولد المدبرة لها فيه والثاني عدم الدخول ذهب اليه الشيخ وتبعه
العلامة وولده والمحقق الشيخ علي لاصالة عدمه ولان الاصل في الملك
ان يتصرف فيه مالكه كيف شاء خرج منه الاصل بوقوع الرهن عليه
فيبقى الباقي واحتج له العلامة برواية السكوني وصحيحة اسحق بن عمار عن

عن الكاظم عليه السلام ولا شاهد فيهما لان الاولى مع ضعفها تضمنت كون
المنفعة في مقابلة النفقة والثانية ان الغلة لصاحب الاصل ولا نزاع فيه
اذ لا يلزم من دخوله في الارتهان خروجه عن الملك ويمكن ان يقال على القول بعدم
الدخول يلزم جواز انتفاع الراهن بالرهن لان المنفعة اذا لم تكن رهنا لا وجه لمنعه
من التصرف فيها لكن الاجماع على منعه ويندفع ذلك بان منعه من التصرف
لا من حيث المنفعة بل من حيث استلزامه التصرف في المرهون ولهذا لو انفصلت
المنفعة كالثمرة والولد لم يمنعه من التصرف فيها ولعل هذا القول اقوى والاجماع
ممنوع والتبعية في الملك مسلمة لا في مطلق الحكم وتبعية ولد المدبرة لتغليب جانب
العتق ولو شرط المرتهن دخولها او شرط الراهن خروجها ارتفع الاشكال و
لزم الشرط واستثنى في التذكرة من ذلك ما يتجدد من المنافع بالاختيار كالمستأجر
العبد فلا يصح اشتراط دخوله لانها ليست من اجزاء الاصل فهي معدومة على
الاطلاق **قوله** وكذا لو كان له دينان وباحدهما رهن لم يجز ان يجعله رهنا
بهما ولا ان ينقله الى دين مستانف ه اي لا يجوز للمرتهن ذلك بنفسه من غير رضا الراهن
والا فقد تقدم انه يجوز ادخال الدين المتجدد في الرهن وجعل الرهن على دين اخر
مع التراضي **قوله** واذا رهن مال غيره باذنه ضمنه بقيمته ان تلف او تعذر
اعادته ه اجمع العلماء على جواز رهن مال الغير باذنه على دينه في الجملة وسموه استعارة
للرهن وجعلوها مضمونة على الراهن وان تلفت بغير تفريط ولازمة لا يجوز
للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن وان جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول
ثم ان فكه الراهن ورده الى مالكه تاما فلا بحث وان تلف في يد المرتهن بغير
تفريط لم يضمن وضمن الراهن مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا و
المعتبر في القيمة يوم التلف لانه لم يخرج عن ملك المعير هذا ان اختلفت القيمة

بعد الحلول

فلا وأما ما كان من الشجر المرهون فلا اشكال في بقائه على ما كان لانه تجدد له الدخول
وهل يتوقف غرسه على اذن المرتهن يحتمله لانه تصرف في الرهن وانتفاع
فيتوقف وعدمه لانه مصلحة له وزيادة في قيمته كالسقي والدوا وقد تقدم
نعم لو اضر بالارض فلا ريب في توقفه على اذنه وكذا لو كان الغرس من غير
المرهون **قوله** وهل يجبر الراهن على ازالته قيل لا وقيل نعم وهو الاشبه
وجه ما اختاره المص ان ابقاؤه في المحل المرهون تصرف فيه وهو ممنوع
منه كما لو وضع متاعه في الدار ووجه العدم اصالته ومنع ان مثل ذلك
يعد تصرفا وقد يفرق بينه وبين المتاع بان وضع المتاع منه فهو سبب في
بقائه بخلاف ما انبته الله تعالى نعم لو كان ذلك بفعل الراهن فاجباره
على ازالته اقوى **قوله** ولو رهن لقطة مما يلقط كالخيار فان كان الحق يحل
قبل تجدد الثانية صح وان كان متاخرا منها اختلاط الرهن بحيث لا يتميز قيل
يبطل والوجه انه لا يبطل لا اشكال في الجواز حيث لا يحصل الاشتباه لعدم
المانع ووجود المقتضي للصحة اما معه فقال الشيخ رحمه الله انه لا يصح الرهن
لتعذر الاستيفاء بسبب عدم التميز ولانه لا يصح بيعه عند الاجل فلا يصح
رهنه ويضعف بمنع تعذر الاستيفاء لامكانه بالصلح ولان المعتبر اجتماع
شرائط الصحة وقت الرهن وهي حاصلة وصحة البيع لو سلم شرطيتها
فالمعتبر منها ما كان عند انشاء الرهن لانه وقت اعتبار الشرائط و
هي حاصلة ايضا فما اختاره المص من عدم الابطال اصح **قوله** واذا جنى
المرهون عمدا تعلقت الجناية برقبته وكان حق المجني عليه اولى ا انما كان
حق المجني عليه اولى مع ان سببه متاخر عن حق المرتهن ومن شان السابق
التقدم عند التعارض لوجوه ا ان حق المجني عليه متعين في الرقبة ومن

ومن ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد شيء وحق المرتهن متعلق بالرقبة و
بذمة الراهن فلا يفوت حقه بفواتها ومرجع ذلك الى ان للمرتهن بدلا
ولا بدل للمجني عليه ب ان حق المجني عليه يتقدم على حق المالك فلان يتقدم
على حق المرتهن اولى ج ان تعلق المرتهن بالرهن اضعف من تعلق
المجني ومن ثم ان كان المجني عليه استيفاء بدون مراجعة المالك بخلاف
المرتهن وهذه الوجوه الثلثة واردة في جناية العمد واما الخطا فيختص
بالاولين اذا تقرر ذلك فنقول جناية العبد المرهون ان كانت نفسا او
اوجبت قصاصا فامره الى المجني عليه فان اقتص بطل الرهن وكذا ان
استرق وان عفى عنه بقي رهنا اذ لم يبطل الرهن بالجناية وانما تزاحمت عليه
الحقوق وان عفى على مال فان بذله السيد بقي رهنا ايضا والا بيع العبد
وبطل الرهن وان عاد الى ملك الراهن وان اوجبت قصاصا في الطرف
ونحوه اقتص منه وبقي رهنا ايضا وان اوجبت مالا في بعض صور العمد او
الخطا مطلقا فالامر كما قررناه من انه ان فداه السيد بقي رهنا وان استرق
او بيع فان فضل منه شيء بقي كذلك والا بطل الرهن ولو كان الواجب
دون قيمة العبد ولكن تعذر بيع البعض او انتقصت القيمة بيع الجميع
والفاضل من الثمن على الجناية يكون رهنا كما لو اضطر الى بيع الرهن
ولا فرق في ذلك كله بين كون الجناية من العبد ابتداء او بامر السيد
وان كان مكرها له عندنا وان كان مع الاكراه يحبس المكره حتى يموت
نعم لو كان العبد غير مميز او اعجميا يعتقد وجوب طاعة السيد في جميع
اوامره فقد قال في التذكرة ان الجاني هو السيد وعليه القصاص او الضمان
ولا يتعلق برقبة العبد شيء بل يبقى رهنا وان كان السيد معسرا **قوله**

ولو جنى على مولاه عمدا اقتص منه ولا يخرج عن الرهانة ولو كانت الجناية نفسا جاز
قتله اما لو كانت خطاء لم يكن لمولاه عليه شيء ه جناية العبد على سيده ان كانت
عمدا او اوجبت قصاصا تخير مولاه او وليه بين القصاص او العفو فان
اقتص وبقي حيا كما لو كانت على طرف بقي رهنا والا فات وان اوجبت مالا
في العمد على بعض الوجوه او في الخطا لم يثبت للمولى شيء لان العبد ماله ولا يثبت
له مال على ماله والا لزم تحصيل الحاصل بخلاف القصاص في النفس والطرف
لانه شرع للزجر والانتقام والعبد احق بهما سيما عن سيده **قوله** ولو كانت
الجناية على من يرثه المالك يثبت للمالك ما يثبت للمورث من القصاص او
انتزاعه في الخطاء الخ ه اذا جنى العبد المرهون على من يرثه المالك يثبت للمالك
ما يثبت للمورث من القصاص او انتزاعه في الخطا الخ اذا جنى العبد المرهون
على من يرثه المالك فان كانت في غير النفس فامره يتعلق بالمجني عليه وهو في
ذلك كالاجنبي وقد تقدم حكمه وفي عبارة المص بسبب ذلك تجوز لانه قد جعل
الحكم في جميع الاقسام للمالك وان كانت نفسا واوجبت قصاصا فله قتله
لانه لم يخرج عن القسمين السابقين وهو واضح وان اختار الاسترقاق لو كانت
خطاء او كان المورث قد مات في القسم الاول قبل الاستيفاء يثبت لمورثه
من الحكم قصاصا وما لا فله فكه من الرهن لاجل المال والفرق بين الجناية
على المولى وعلى مورثه مع ان الحق للمولى في الموضعين ان الواجب في الجناية
على المولى له ابتداء ويمتنع ان يجب له على ماله مال كما مر اما الجناية على مورثه
فالحق فيها ابتداء للمجني عليه وانما ينتقل الحق الى الوارث من المورث وان
كان دية لانها محسوبة من تركته توفى منها دينه وينفذ وصاياه وكما لا يمتنع
ثبوت مال المورث المولى على عبده لا يمتنع انتقاله عنه اليه فيفكه من الرهن

الرهن كذلك ونبه بالفرق على خلاف بعض الشافعية حيث حكم بسقوط المال بانتقاله
الى سيده وبقي رهنا للوجه الذي اتفق لو كان المال للسيد ابتداء **قوله** ولو
اتلف الرهن متلف الزم قيمته ويكون رهنا وكذا لو اتلفه المرتهن لكن لو كان
وكيلا في الاصل لم يكن وكيلا الخ الاتلاف مشعر بالمباشرة وهو يقتضي الضمان
والحاصل ان اتلاف الرهن متى كان على وجه يوجب عوضه مثلا او قيمته
سواء كان المتلف الراهن ام المرتهن ام الاجنبي كان العوض رهنا لكن لو
كان المرتهن وكيلا في حفظ الاصل او في بيعه بطلت وكالته والفرق بين الرهن
والوكالة مع اشتراكهما في التعلق ابتداء بالعين ان الغرض من الرهن الاستيثاق
بالعين ليستوفي الحق من قيمتها فالقيمة لا يخرج عن غرض الرهن بخلاف الوكالة
فانها اذن منوط بما عينه المالك والاغراض تختلف كثيرا في حفظ الاموال
وبيعها باختلاف الاشخاص فربما استأمنه على عرض ولا يستأمنه على قيمته
وربما كان عارفا ببيع متاع بحيث لا يغبن فيه وليس بعارف بغيره **قوله**
ولو رهن عصيرا فصار خمرا ابطل الرهن فلو عاد خلا عاد الى ملك الراهن
انما يبطل بذلك الرهن بطلانا مراعى ببقائه كذلك او بتلفه فلو عاد خلا عاد الرهن
وان كانت عبارة المص تؤذن بخلافه من حيث البطلان ومن قوله عاد الى
ملك الراهن فانه يشعر بعدم عوده رهنا كما لو ملك الراهن بعد انتقاله عن
الرهن بوجه من الوجوه ولو قال فلو عاد خلا رجع رهنا كان اخصر وافاد
الحكمين فان عوده رهنا يستلزم عود ملك الراهن والحاصل انهم لا يعنون
ببطلان الرهن هنا اضمحلال اثره بالكلية بل ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية
باقية ويبقى علاقة الرهن لبقاء اولوية المالك على الخمر المتخذ للتخليل فكان الملك
والرهن موجودان فيه بالقوة القريبة لان تخلله متوقع والزائل المعبر عنه بالبطلان

الملك والرهن بالفعل لوجود الخمرية المنافية ونظير ذلك أن زوجة الكافر اذا اسلمت حرمت بذلك عن حكم العقد وحرم وطؤها عليه فاذا اسلم قبل انقضاء العدة عاد حكم العقد وكذلك اذا ارتد احد الزوجين ثم ان كان الرهن مشروطا في عقد كبيع وكانت الخمرية بعد قبضه فلا خيار للمرتهن لحدوث العيب في يده وان كان قبل القبض فان لم نشترط فالحكم كذلك لعروض المبطل بعد تمام الرهن وان اشترطنا القبض تخير المرتهن في العقد المشروط فيه **قوله** ولو رهن مسلم خمرا لم يصح فلو انقلب في يده خلا فهو له على تردد ٥ ضمير له يعود على المرتهن المدلول عليه برهن فانه يقتضي راهنا ومرتهنا والمراد انه اذا رهنه الخمر واقبضه اياها لم يصح الرهن لان الخمر لا يملك للمسلم وان اتخذت للتخليل فاذا دفعها الى المرتهن وتخللت في يده ملكها المرتهن لاستيلاء يده عليها كما يملك سائر المباحات التي لا يد لاحد عليها بذلك ووجه التردد في ذلك مما ذكر ومن ان يد الاول لم تزل بالرهن لان الراهن له يد على الرهن في الجملة وهي اسبق ويقوى ذلك لو كانت محترمة وهي التي اتخذها الراهن للتخليل اما غيرها فالاول اقوى **قوله** وكذا لو جمع خمرا مراقا ٥ اي جمعه وصار في يده خلا فانه يكون له على تردد فيه مما ذكر سابقا ويزيد احتمال كونه للاول ضعفا للاول للخروج او لو ثبتت يده باراقها فانتفى تعلقه بها بالكلية فيكون ملكا للثاني وربما وجه ملك الاول بان جمع الثاني لها محرم فلا يثبت يده عليها فلا يصح تملكها وهو ممنوع لان تحريم الجمع انما يتم لو لم يرد التخليل واما لو اراده صح له ذلك كما يصح ابقاؤها وحفظها لذلك ومن ثم سميت محترمة اي يحرم غصبها واتلافها على من هي في يده ولولا احترامها لادى ذلك الى تعذر اتخاذ الخل لان العصير لا ينقلب الى الحموضة الا بتوسط الشدة فالقول بملك الجامع لها اقوى واعلم

الزوجين

محترمة

للاول

واعلم ان الخمر مؤنث سماعي فحق الضمائر العائدة اليها ان تكون مؤنثة في عبارة المص وليست كذلك لكنه جائز غير فصيح **قوله** وليس كذلك لو غصب عصيرا ٥ بمعنى انه لو غصب عصيرا فصار في يد الغاصب خمرا ثم عاد خلا فان الغاصب لا يملكه بل يكون ملكا للمغصوب منه لانه غصبه وهو ملكه فلم يكن ليد الغاصب اثر وان كان قد يقدح احتمال ملكه من حيث زوال ملك المغصوب منه بصيرورته خمرا فيصير كالمعدوم فاذا تخلل في يد الغاصب ملكها باليد الطارية بعد التخليل فلا يؤثر كونه غاصبا قبل ذلك لان الغصب زال بالخمر حيث لم يبق مالا وهو ممنوع بما تقدم من عدم بطلان اليد عليها حيث يراد التخليل كيف وقد كانت من قبل مالا محضا ولقد كان على المص ان يذكر قبل هذه المسئلة حكم من غصب خمرا من غيره فتخلل في يده فان في ملك الغاصب له خلافا مشهورا ثم يتوله وليس كذلك لو غصب عصيرا اذ لا خلاف في هذه وايضا فالحكم السابق ليس فيه حكم غصب الخمر وانما فيه جمع المراق ورهنه وكلا منهما لا يناسب سلب حكمه عن غاصب العصير وان كان في الحقيقة مسلوبا اذ ليس من شكله وانما يناسب سلب حكم غاصب الخمر ان حكم فيه بملك الغاصب كما اختاره جماعة **قوله** ولو رهنه بيضة فاحضنها فصارت فرخا كان الملك والرهن باقيين وكذا لو رهنه حبا فزرعه ٥ وجهه واضح فان هذه الاشياء نتيجة ماله ومادته فلم يخرج عن ملكه بالتغير والاستحالات المتجددة صفات حصلت فيها وحصل بسببها استعدادات مختلفة لتكونات متعاقبة خلقها الله تعالى فيها وهيأها له فليس للمرتهن في ذلك شيء ونبه بذلك على خلاف من قال ان هذه التغيرات تفيد ملك العاصب تنزيلا للعين منزلة التالف فغايته ضمان المثل او القيمة وهو ضعيف

وكلا منهما

جدا وقد ذكروا هذه المسئلة في باب الغصب وخالف فيها جماعة من العامة والشيخ من اصحابنا في بعض اقواله **قوله** واذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما كانت حصة كل واحد منهما رهنا بدينه فاذا اداه صارت حصته طلقا وان بقيت حصة الآخر ٥ هذا عندنا موضع وفاق ووجهه ان رهن كل منهما عند الاطلاق انصرف الى دينه لا الى دين صاحبه فان ذلك هو مقتضى العرف الا ان يصرحا بكون كل منهما قد رهن حصته على دينه ودين صاحبه فانه حينئذ لا ينفك الا بوفائهما الدينين ونبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث حكم بان الاطلاق منصرف الى جعل كل منهما على الدينين فلا ينفك حتى توفيا معا ويكون حصة كل منهما بالنسبة الى دين الآخر بمنزلة المستعار للرهن وانما يقع الاشتباه في المسئلة ولو جعلنا اطلاق الرهن موجبا لكونه على كل جزء من الدين ولو قلنا بانفكاكه اجمع عندنا وفاء بعض الدين فلا شبهة هنا في الانفكاك وقد تقدم البحث في ذلك **قوله** اذا رهن مشاعا وتشاح الشريك والمرتهن في امساكه انتزعه الحاكم وآجره ان كان له اجرة الخ ٥ لا فرق بين اختلافهما في امساكه لاجل القبض وامساكه لاجل الاستيمان الى ان يحل الاجل فان الحاكم ينصب له عدلا ليقبضه عن الرهن وليكن باذن الراهن وللامانة ثم ان كان ذا اجرة آجره الحاكم او من نصبه مدة لا تزيد عن اجل الحق فلو زادت بطل الزائد وتخير المستاجر مع جهله الا ان يجيز المرتهن ثم ان قلنا بدخول النماء المتجدد في الرهن تعلق الرهن بحصة الراهن من الاجرة والا فلا **قوله** اذا مات المرتهن انتقل حق الرهانة الى الوارث فان امتنع الراهن من استيمانه كان له ذلك ٥ قد تقدم ان الرهن لا يبطل بموت كل منهما لانه لازم من جهة الراهن وحق

مسائل
الثالث في النزاع
وفيه
الاولى اذا رهن الخ

الثانية اذا مات الخ

وحق للمرتهن ولكن الوكالة في حفظه وبيعه تبطل لفوات متعلقها وان كانت مشروطة في عقد لازم فان الاغراض تختلف في الاستيمان باختلاف الاشخاص وح فان اتفقا على امين والا رفع امره الى الحاكم لانه ولي الممتنع وهذا كله واضح **قوله** اذا فرط في الرهن لزمته قيمته يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل اعلى القيم ٥ حكم المص باعتبار قيمته يوم قبضه مبني على ان القيمي يضمن بمثله ومع ذلك ففي اعتبار يوم القبض نظر لانه ثم لم يكن مضمونا فينبغي على ذلك اعتبار المثل يوم الضمان والقول بضمانه يوم هلاكه للاكثر ومنهم المص في النافع لانه وقت الحكم بضمان القيمة لان الحق قبله كان منحصرا في العين وان كانت مضمونة هذا اذا كان الاختلاف بسبب السوق او بسبب نقص في العين غير مضمون اما لو فرط فنقصت العين بهزال ونحوه ثم هلك اعتبر اعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف كالغاصب لان ضمان الاجزاء تابع لضمان العين والقول باعلى القيم يحتمل ما ذكرناه ووجهه واضح وان يريد به الاعلى من حين التلف الى الحكم عليه بالقيمة وهو قول ابن الجنيد والاعلى من حين القبض الى يوم التلف مساواة للغاصب حكاه في النافع ونسب الى الشيخ في ط واطلق جماعة الاعلى كما اطلق المص ويضعف قول ابن الجنيد بان المطالبة لا دخل لها في ضمان القيمي والاخير بانه غير مضمون قبل التفريط فلا وجه لاعتبار قيمته هذا كله اذا كان قيميا ولو كان مثليا ضمن بمثله ان وجد والا فقيمة المثل عند الاداء على الاقوى لان الواجب قبل انما كان المثل وانما انتقل الى القيمة حينئذ لتعذر المثل بخلاف القيمي فان القيمة استقرت في الذمة من حين التلف قطعا وانما يقع الاشتباه في قدرها حينئذ بسبب الاعتبارات السابقة **قوله** اذا اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن وقيل القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن والاول اشهر

الثالثة اذا فرط الخ

الرابعة اذا الخ

فلو اختلفا في القيمة فالقول قول الراهن وقيل قول المرتهن وهو الاشبه الكشف لانه منكر للزايد والاصل عدم وبراءة ذمته والقول الاول للاكثر نظرا الى كون المرتهن خائنا فلا يقبل قوله وهو ضعيف لانه لم يقبل قوله من جهة الخيانة بل لما ذكرناه

الاول قول الاكثر وهو الاقوى لاصالة عدم الزيادة وبرآءة ذمة الراهن ولانه منكر فيكون القول قوله للصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وموثقة عبيد بن زرارة عن الصادق ع والقول الثالث لابن الجنيد استنادا الى رواية السكوني عن الصادق ع ان عليا عليه السلم قال يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لانه امينه والرواية مع ضعفها وندورها معارضة للصحيح مخالفة للاصل بقي في المسئلة شئ وهو ان المص في هذا الكتاب نقل قول ابن الجنيد بان القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه الرهن ومقتضاه انه مع الاستغراق لا يقدم قوله سواء ادعى ان الدين بقدر قيمة الرهن ام ازيد لتحقق الاستغراق فيهما وفي النافع نقل القول بتقديم قوله ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن وكذا عبر اكثر الجماعة ومقتضاه انه لو ادعى قدر الدين كان القول قوله والموجب لهذا الاختلاف اختلاف عبارة ابن الجنيد فانه قال المرتهن يصدق في دعواه حتى يحيط بالثمن فان زادت دعوى المرتهن على القيمة لا يقبل الا ببينة فانه في اول العبارة جعل غاية التصديق احاطة الدعوى بالثمن والغاية خارجة عن المغيا فيقتضي عدم التصديق مع الاحاطة وعقبه بقوله فان زادت دعوى المرتهن عن القيمة لا تقبل ومفهوم الشرط انه مع عدم الزيادة تقبل فقد تعارض في كلامه مفهوما الغاية والشرط فاختلف النقل عنه لذلك واما الرواية التي هي مستند الحكم فقد ذكرنا لفظها سابقا لذلك وحاصلها جعل الاحاطة غاية القبول ولم تتعرض للزيادة وح فيبتني على الغاية هل هي داخلة في المغيا حيث ينفصل منه حسا ام لا وبني على ذلك دلالة الرواية لكن لما كان المختار والمتضح خروجها جعل المص في هذا الكتاب شرط القبول عدم الاستغراق مضافا الى صدر كلام ابن الجنيد والجماعة ومنهم المص في النافع نظروا الى

فيبتني

الى مجرد كلام ابن الجنيد واعتبروا منه مفهوم الشرط وحملوا الغاية عليه جمعا لانه اقوى وانما يظهر اثر هذا الاختلاف لو قلنا بقوله وعملنا بالرواية وحيث اطرحناها سهل الخطب **قوله** لو اختلفا في متاع فقال احدهما هو وديعة وقال الممسك هو رهن فالقول قول المالك وقيل قول الممسك والاول اشبه ه القول الاول للاكثر وعليه العمل لاصالة عدم الرهن ولان المالك منكر فيكون القول قوله ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ع والقول الثاني للشيخ رحمه الله في الاستبصار وقبله الصدوق لرواية عباد بن صهيب وابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام وفيهما مع ضعفهما مخالفة الاصل ومعارضة الصحيح وفصل ابن حمزة فقبل قول المرتهن ان اعترف الراهن له بالدين وقول الراهن ان انكره للقرينة وفيه ايضا جمع بين الاخبار لكن قد عرفت ما فيه واعلم ان المراد بقول المص احدهما هو المالك بقرينة ما بعده وبعدم الفائدة لو كان غيره فلو ابدله بركان اولى **قوله** اذا اذن المرتهن للراهن في البيع ورجع ثم اختلفا فقال رجعت قبل البيع وقال الراهن بعده فالقول قول المرتهن ترجيحا لجانب الوثيقة اذ الدعويان متكافئتان ه وجه التكافؤ ان الراهن يدعي تقدم البيع على الرجوع والاصل عدم تقدمه ايضا فتكافأ الاصلان فيتساقطان ويبقى حكم الرهن على العين باقيا وهو ترجيح جانب الوثيقة وفيه ان اصالة بقاء الرهن معارض ايضا باصالة صحة البيع لان وقوعه معلوم كما ان وقوع الرهن معلوم فيتعارضان ايضا ويتساقطان ويبقى مع الراهن ملكية المرهون وصحة تصرفه فيه فان الناس مسلطون على اموالهم فان قيل اصالة صحة العقد مترتبة على سبقه على الاذن فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد **قلنا** واصالة استمرار الوثيقة مترتبة على سبق الرجوع للبيع فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بترجيحها نعم يمكن دفعه بوجه آخر وهو ان صحة العقد غير معلومة لقيام الاحتمال المذكور وصحة الرهن معلومة لوقوعها سابقا جامعة للشرائط

وانما حصل الشك في طرو المبطل فيرجح لانها اقوى من هذه الجهة فان قيل ان الاصل وان كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدعيه الراهن الا ان الناقل عنه قد حصل بصدور البيع مستجمعا للشرائط وليس ثمة ما يخل بصحته الا كون الرجوع قبله ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه والا لم يمكن التمسك بشئ من العلل الشرعية اذ لا قطع بانتفاء الموانع وح فينتفي حكم كل من الاصلين السابقين **قلنا** لا نسلم وقوع البيع جامعا للشرائط الشرعية لان من جملة شرائطه اذن المرتهن وحصوله غير معلوم وتنقيح ذلك ان الرهن المانع للراهن من التصرف لما كان متحققا لم يمكن الحكم بصحة البيع الواقع من الراهن الا باذن معلوم من المرتهن حالة البيع ولما حصل الشك في حصولها حالته وقع الشك في حصول الشرط نفسه لا في وجود المانع ومعلوم ان الشرط لا يكفي فيه عدم العلم بانتفائه بل لا بد من العلم بحصوله ليترتب عليه المشروط ولو بطريق الاستصحاب كالصلوة مع يقين الطهارة سابقا والشك في بقائها الآن والامر هنا كذلك فان الرهن المانع من صحة البيع واقع يقينا ويستصحب الآن والشرط المقتضي لصحة البيع وان كان معلوم الوقوع لكن لا في زمان البيع لا باليقين ولا بالاستصحاب فيرجح جانب الوثيقة كما ذكروه بقي في اطلاق الحكم بذلك بحث آخر وهو ان ذلك كله انما يتم حيث يطلقان الدعويين من غير اتفاق بينهما على زمان معين للبيع او الرجوع او مع اتفاقهما على وقت واحد ليتحقق تعارض الاصول المذكورة اما لو اتفقا على زمان احدهما واختلفا في تقدم الآخر فان الاصل مع مدعي التأخر ليس الا ووجه ذلك انهما لو اتفقا مثلا على وقوع البيع يوم الجمعة وادعى المرتهن الرجوع قبله من غير تعيين زمان فالاصل يقتضي تأخره لان ذلك حكم كل

منهما

كل حادث الى ان يعلم وجوده وانما علم وجوده بعد البيع فيقدم قول الراهن ولو انعكس بان اتفقا على وقوع الرجوع يوم الجمعة فادعى الراهن وقوع البيع قبله من غير اتفاق على وقت فالاصل وجوده وانما علم بعد زمان الرجوع فيقدم قول المرتهن وهذا التفصيل هو الاقوى وهو خيرة الدروس وفيما عداه يقدم قول المرتهن كما ذكره الاصحاب لقيام الدليل على ترجيح جانب الوثيقة كما حققناه **قوله** اذا اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب في البلد ويجبر الممتنع ه المراد ان احدهما طلب بيعه بالنقد الغالب والآخر بغيره فانه يباع بالنقد الغالب لانصراف الاطلاق اليه وانما فسرنا بذلك ليحصل الفرق بينها وبين المسئلة الآتية حيث قال لو طلب كل واحد منهما نقدا غير النقد الغالب وتعاسرا ردهما الحاكم الى الغالب فان اختلافهما مع اتحاد النقد الغالب منحصر في كون احدهما موافقا والآخر مخالفا او كونهما مخالفين فالاول هو الاولى والثاني الثانية ولقد كان ذكر الاولى مغنيا عن الثانية لامكان احدهما مطلقة بحيث يشملها وتوقف ردهما على الحاكم انما يحتاج اليه مع كون المرتهن وكيلا او معه وقد اراد بيعه بغير الغالب اما لو كان وكيلا وكان الآخر واراد بيعه بالغالب لم يتوقف على اذن الحاكم ولم يلتفت الى معارضة الآخر لانصراف الاطلاق الى ذلك شرعا وعرفا **قوله** وان كان للبلد نقدان غالبان بيع باشبههما بالحق ه اي باع الرهن بما ناسب الحق المرهون عليه وهو ما يكون من جنسه ان اتفق موافقة احدهما له فان باينا عين الحاكم ان امتنعا من التعيين قال في الدروس وان كان احد المتباينين اسهل صرفا الى الحق تعين وهو حسن وفي قول المص اشبههما بالحق تجوز فانه مع مناسبة احدهما لا يتحقق المشابهة فان الشئ الواحد لا يشبه نفسه وان

خالفاه كان الاسهل صرفا اولى كما ذكره فى الدروس او كانا سواء كما اختاره فى القواعد واما مجرد القرب الى المشابهة مع تحقق المباينة خصوصا مع بعده عن صرفه اليه عن الآخر فلا يصلح مرجحا والظاهر انه اراد بالمشابه الموافق وفى التحرير لو بايناه ببيع باو فرهما خطأ وهو اقعد من الجميع فانه ربما كان عسر الصرف الى الحق اصلح للمالك **قوله** اذا ادعى رهانة شىء فانكر الراهن وذكر ان الرهن غيره وليس هناك بينة بطلت رهانة ما ينكره المرتهن وحلف الراهن على الآخر وخرجا عن الرهن انما انتفى ما ينكره المرتهن لان الرهن لمحض حقه فاذا انفاه انتفا عنه بغير يمين وايضا فالعقد جائز من طرفه فانكاره يكون فسخا لرهنه لو كان وبقى اليمين على الراهن لنفى ما يدعيه لرجوع النزاع الى ما يدعيه المرتهن هل هو رهن ام لا والقول قول المالك فى عدمه ولا اشكال فى ذلك اذا كان الرهن المتنازع فيه غير مشروط فى عقد اما لو كان كذلك ففى بقاء الحكم السابق وجهان من بقاء المعنى الذى اوجب ذلك الحكم وهو انتفاء ما يدعيه المرتهن وقبول قول الراهن فيما ينكره ومن ان انكار المرتهن هنا متعلق بحق الراهن من حيث انه يدعى عدم الوفاء بالشرط الذى هو ركن من اركان لزوم ذلك العقد فيرجع الاختلاف الى تعيين الثمن فان شرط الرهن من مكملات الثمن فكل واحد يدعى ثمنا غير ما يدعيه الآخر فهو كما لو قال بعتك بهذا العبد فقال بل بهذه الجارية وقد تقدم ان الحكم فى مثل ذلك التحالف وفسخ العقد وقرب فى القواعد تقديم قول الراهن ويشكل معه بقاء العقد المشروط فيه الرهن مع انتفاء الشرط حيث انتفى كل واحد من الفردين المتنازع فى رهنهما احدهما بنفى المرتهن والآخر بانكار الراهن والحال انهما متفقان على وقوع عقد شرط ولم يحصل لكلك

وكذا لك يشكل فسخه فى حق الراهن بمجرد نفى المرتهن اشتراط رهن ما ينفيه مع اطلاق الادلة بوجوب الوفاء بالعقد الذى لم يدل على فسخه دليل فالقول بالتحالف وفسخ العقد بعد ذلك ان اراد المرتهن اقوى **قوله** لو كان له دينان احدهما برهن ودفع اليه مالا واختلفا فالقول قول الدافع لانه ابصر بنيته لا شبهة فى تقديم قوله لان النية من الامور الخفية التى لا تعلم الا من قبله ولكن هل يلزمه مع ذلك يمين يحتمل العدم لان دعوى غيره غير معقولة اذ لا اطلاع له على نفسه والحق ثبوتها لامكان اطلاعه عليه باقراره ولسماع الدعوى فيما يخفى بمجرد التهمة كما سيأتى ان شاء الله تعالى فلا فرق ح بين تنازعهما على النية ابتداء وعلى اللفظ بان ادعى عليه انك قلت انه عن الدين الفلانى وعبارة المص ظاهرة فى القسم الاول **قوله** ولو اختلفا فى رد الرهن فالقول قول الراهن لاصالة عدم الرد فيلزم المرتهن بالمثل او القيمة لا بالعين لامكان ان لا يكون فى يده فيلزم تكليفه بالايطاق او تخليده الحبس والفرق بين المرتهن والمستودع حيث قبل قوله فى الرد ان المستودع قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض وما على المحسنين من سبيل بخلاف المرتهن فانه قبض لمصلحة نفسه ومثله المستعير والمعارض والوكيل والله الموفق

كتاب المفلس

قوله المفلس هو الذى ذهب خيار ماله وبقى فلوسه والمفلس هو الذى جعل مفلسا اى منع من التصرف فى امواله ه عرف المص المفلس تعريفين احدهما لغوى والآخر شرعى فاشار الى الاول بقوله هو الذى ذهب خيار ماله وبقى فلوسه فهو ماخوذ من الفلس واحد الفلوس يقال افلس الرجل بصيغة اللازم فهو مفلس بكسر اللام اذا صار كذلك كما يقال اذل الرجل اذا صار ذا ذل واسهل واحزن اذا صار الى السهل والحزن كما صار هذا الى الفلوس وهذا على سبيل الكناية لان الغرض ذهاب

ماله او اكثره بحيث لا يبقى منه الا الردى كالفلوس ويقال مفلس بالفتح يقال فلسه القاضى تفليسا اذا حكم بافلاسه والى الثانى بقوله والمفلس الخ بفتح اللام اى المجعول مفلسا وهو الممنوع من التصرف فى امواله وهذا ليس على وجه التعريف الحقيقى بل على وجه الايضاح لمعناه الشرعى والا فالممنوع من التصرف فى ماله اعم من المفلس بل من الستة التى عقد لها كتاب الحجر كما سيأتى وكلام المص يوذن بانه لا يسمى مفلسا شرعا حتى يحجر عليه لاجل الفلس بل فيه ان تفليسه هو الحجر عليه كما يقال فلسه القاضى اذا صيره مفلسا بمنعه من التصرف وكلام الفقها فى هذا الباب مختلف فان منهم من جعل التفليس هذا الحجر المذكور كما صنع المص فقبل الحجر لا يسمى المديون مفلسا وان استغرقت ديونه امواله او زادت عليها ومنهم من اعتبره مفلسا متى كان كذلك وان لم يحجر عليه ولهذا يقولون الفلس من اسباب الحجر ويقولون لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم يترتب الاحكام ويقولون شرط الحجر على المفلس التماس الغرما له وسيأتى فى عبارة المص انه لا يحجر على المفلس الا بحكم الحاكم وغير ذلك من الاحكام التى صار هذا الاسم بسببها حقيقة لكثرة استعمال الفقها له بهذا المعنى واطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز اما بما يؤول اليه او باعتبار المعنى اللغوى فانه مجاز شرعى بعيد واكثر الفقها منا ومن غيرنا عرفوه شرعا بانه من عليه ديون ولا مال له يفى بها وهذا شامل لغير المحجور عليه والحق ان الفلس سابق على الحجر ومغاير له وهو احد اسبابه كما ذكروه لا عينه ولا الحجر جزء مفهومه نعم قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس كما يقال فلسه القاضى لكنه من باب اسم السبب على المسبب وعلى هذا لا مانع من اجتماع الفلس والصغر كما اذا استدان الولى للصبى الى هذه المرتبة وكذا النسيئة ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبى المفلس لانه ليس بشرط فى تحقق مفهومه شرعا كما حققناه وعلى هذا فبين المعنى اللغوى والشرعى

عموم من وجه يجتمعان فيمن عليه الديون ولا مال له وينفرد اللغوى بمن ذهب ماله وليس عليه دين وينفرد الشرعى بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد عن ماله وعلى ما يظهر من تعريف المص وبعضهم فهما متباينان **قوله** ان تكون امواله قاصرة عن ديونه ه فلو كانت مساوية لها او زائدة لم يحجر عليه عند علمائنا اجمع بل يطالب بالديون فان قضاها والا تخير الحاكم مع طلب اربابها بين حبسه الى ان يقضى المال وبين ان يبيع متاعه ويقضى به الدين ولا فرق فى ذلك بين من ظهرت عليه امارات الفلس مثل ان يكون نفقته من راس ماله او يكون ما فى يده بازاء دينه ولا وجه لنفقته الا ما فى يده ومن لم يظهر كمن كان كسوبا ينفق من كسبه خلافا للشافعى حيث جوز الحجر على المساوى فى احد اقواله وعلى من ظهرت عليه اماراته فى اخر ووافقنا فى ثالث **قوله** ويحتسب من جملة امواله معوضات الديون ه هى الاموال التى ملكها بعوض ثابت فى ذمته كالاعيان التى اشتراها واستدانها وانما احتسبت من جملة امواله لانها ملكه الآن وان كان اربابها بالخيار بين ان يرجعوا فيها وبين ان لا يرجعوا ويطالبوا بالعوض وكما يحتسب من امواله يحتسب اعواضها من جملة ديونه ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث زعم انها لا يقوم لان لاربابها الرجوع فيها فلا يحتسب من امواله ولا عوضها عليه من ديونه واعلم ان ضمير امواله يعود الى المفلس المبحوث عنه وان كان بهذا الحساب قبل الحجر لما قد بيناه من تحقق الوصف قبل الحجر وعلى ما ذكره المص يرجع اليه بطريق التجوز او الى المديون الذى يراد تعلق الحجر به لدلالة المقام عليه وان لم يجر له ذكر **قوله** ان تكون حالة فلو كانت موجلة لم يحجر عليه وان لم يف ماله بها اذ ليس لهم المطالبة فى الحال وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة ولو كان بعضها حالا اعتبر قصور ماله عنه خاصة فلو وفا به لم يحجر عليه وان لم يبق للموجل شىء وان قصر عن الحال حجر عليه وقسم عليها

الرابع ان يلتمس الخ

الغايب

ولا يدخر للمؤجل شئ **قوله** ان يلتمس الغرماء او بعضهم الحجر عليه لان الحق لهم فلا يتبرع الحاكم عليهم به نعم لو كانت الديون لمن عليه ولاية كالطفل اليتيم والمجنون و السفيه كان له الحجر وكذا لو كان بعضها كذلك مع التماس الباقين ولو كانت الديون لغايب لم يكن للحاكم الحجر عليه لان الحاكم لا يستوفي مال الثابت في الذمم بل يحفظ اعيان امواله وانما يحجر عليه مع التماس البعض اذا كانت ديونهم يقدر يجوز الحجر به عليه ثم يعم الحجر الجميع لثبوت الديون كلها واستحقاق اربابها ثم يعم المطالبة بها بخلاف المؤجلة واستقرب في التذكرة جواز الحجر بالتماس بعض ارباب الديون الحالة وان لم يكن دين الملتمس زائدا عن ماله **قوله** وكذا لو سال هو الحجر عليه هذا هو المشهور لان الحجر عقوبة والرشد والحرية ينافيانه فلا يصار اليه الا بدليل صالح وانما يتحقق مع التماس الغرماء واستقرب في التذكرة جواز اجابته محتجا بان في الحجر مصلحة للمفلس كما فيه مصلحة للغرماء فكما يجاب الغرماء الى ملتمسهم حفظا لحقوقهم فكذا المفلس ليتسلم من حق الغرماء ومن الاثم بترك وفاء الدين وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله حجر على معاذ بالتماسه خاصة **قوله** ويمنع من التصرف احتياطا للغرماء ه انما يمنع من التصرف المبتدا في المال لا من مطلق التصرف فلا يمنع من الفسخ بالخيار والعيب لانه ليس بابتداء تصرف وسيأتي التنبيه عليه في كلام المص ولا من التصرف في غير المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو عنه ونحوها ولعل المص نبه على ذلك بقوله كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية فيملك بذلك وان منع من التصرف فيه بعده وكان على المص ان ينبه على ذلك **قوله** فلو تصرف كان باطلا ه اي تصرف فيما يمنع من التصرف فيه والبطلان الذي حكم به يمكن ان يريد به حقيقة

القول في منع التصرف

احتياطا للغرماء لا ضرر على الغرماء في ذلك وكذا لا يمنع مما يفيد تحصيل المال ولا يمنع تصرفا فيه يسري الحجر الى الملك المتجدد بعده

حقيقة بمعنى بطلان التصرف من رأس لمنعه منه شرعا فيكون عبارته مسلوبة كعبارة الصبي فلا تصح وان لحقته الاجازة وهذا هو المناسب للحجر فان معنى قول الحاكم حجرت عليك منعتك من التصرفات ومعناه تعذر وقوعها منه وهو احد الوجهين في المسئلة ويمكن ان يريد به عدم نفوذه بحيث لا يوقف على شئ على وجه المجاز فلا ينافي صحته لو اجازه الغرماء او فضل عن الدين بعد قسمة ماله عليهم وهو الوجه الثاني في المسئلة فانه لا يقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي وح فلا ينافيه منعه من التصرف لان المراد منه التصرف المنافي لحق الغرماء كما مر اذ لا دليل على ارادة غيره ولان عبارته لا تقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه مع صحة تصرفه الملحوق باجازة الولي ولعل هذا اقوى فعلى هذا ان اجازه الغرماء نفذ والا اخر الى ان يقسم ماله لا يباع ولا يسلم الى الغرماء فان لم يفضل من ماله شئ بطل وان فضل ما يسعه صح ويتصور الفضل مع قصوره وقت الحجر بارتفاع قيمة ماله وابراء بعض الغرماء ونحو ذلك **قوله** سواء كان بعوض كالبيع والاجارة او بغير عوض كالعتق والهبة ه المراد بالتصرف الذي بغير عوض ما صادف المال كما نبه عليه التمثيل بالعتق والهبة والا فالتصرف الذي لا يصادف المال كله بغير عوض مع كونه صحيحا كما بيناه سابقا **قوله** اما لو اقر بدين سابق صح وشارك المقر له الغرماء ه لا اشكال في صحة الاقرار في الجملة لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز وليس الاقرار كالانشاء حيث قيل ببطلانه راسا فلا ينعقد بعد الحجر لان الغرض من ابطال التصرف الغاء الانشاء الموجب لاحداث الملك اما الاقرار فانه اخبار عن حق سابق لم يبطل به الحجر فاذا تعلق غرض المفلس ببراءة ذمته بالاقرار وجب قبوله منه وانما الكلام في ان المقر له هل يشارك الغرماء ام لا فان فيه خلافا

منعقد دا

نصر فه

فالمص رحمه الله قطع بمشاركته واستقربه العلامة في التذكرة والتحرير وقبلهما الشيخ في المبسوط لانه عاقل فينفذ للخبر وعموم الخبر في قسمة ماله بين غرمائه والمقر له احدهم ولان الاقرار كالبينة ومع قيامها لا اشكال في المشاركة ولانتفاء التهمة على الغرماء لان ضرر الاقرار في حقه اكثر منه في حق الغرماء ولان الظاهر من حال الانسان انه لا يقر بدين عليه مع عدمه ويشكل بمنع دلالة الخبر على المدعى لانا قبلناه على نفسه ومن ثم الزمناه بالمال بعد زوال الحجر ولم يدل على انه جائز على غيره ولو شارك المقر له الغرماء لنفذ عليهم لتعلق حقهم بجميع ماله ولا معنى لمنعه من التصرف الا عدم نفوذه في ماله الموجود والمشاركة يستلزم ذلك ويمنع مساواة الاقرار للبينة في جميع الاحكام ويظهر اثره فيمن لا يقبل اقراره اذا اقيمت عليه البينة واذا لم تكن القاعدة كلية لم يصلح كبرى للشكل ولا ينتج المطلوب والتهمة موجودة في حق الغرماء لانه يريد اسقاط حقهم باقراره وتحقق الضرر عليه لا يمنع من اجابة الضرر عليهم ولامكان المواطاة بينه وبين المقر له في ذلك فلا يتحقق الضرر الا عليهم وعلى كل حال لا يمكن الحكم بنفي التهمة على الاطلاق بل غايته انه قد يكون متهما فلا يصلح جعل عدم التهمة وجها للنفوذ مطلقا والاقوى عدم المشاركة واحترز بالدين السابق عما لو اسند الدين الى ما بعد الحجر فانه لا ينفذ في حق الغرماء وان صح الاقرار في نفسه كما مر لان المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلقت باعيان امواله كانت باطلة او موقوفة فلا يزيد الاقرار بها عليها وينبغي تقييده بما يتعلق بالمعاملة ليحصل القطع بعدم المشاركة اما لو اسنده الى ما يلزم ذمته كاتلاف مال او جناية ففيه الوجهان السابقان والفرق ان الجناية والاتلاف وقعا بغير اختيار المالك والمجني عليه فلا يستند الى تقصيره بخلاف المعاملة لصدورها عن

وقد لا يكون

جيع

عن الرضا والاختيار من الجانبين **قوله** وكذا لو اقر بعين دفعت الى المقر له وفيه تردد لتعلق حق الغرماء باعيان ماله ه ما سبق في تحقيق الوجهين آت هنا ويزيد هاهنا اشكالا بما اشار اليه المص من تعلق حق الغرماء باعيان امواله وهذا الاشكال بعينه وارد في الدين على القول بالمشاركة اذ لا فرق بين اخذه بعض الاعيان بموجب التقسيط مساواة لهم وبين اخذه ذلك البعض تقدما عليهم مع تعلق حقهم بالعين فالقول بعدم النفوذ معجلا فيهما اقوى ومما يتفرد به العين لو قلنا بنفوذ الاقرار معجلا تسليمها الى المقر له وان قصر باقي مال المفلس عن ديون الغرماء لان الضرر انما هو بالدين وصاحب العين يختص بها واعلم ان جملة الاقوال في المسئلة انتفت على قدر الاحتمالات الممكنة وهي اربعة نفوذه فيهما اختاره العلامة في الارشاد والشهيد وجماعة واثباته فيهما وهو خيرة التذكرة وثبوته في العين دون الدين ذهب اليه ابن ادريس وبالعكس وهو ظاهر المص في الكتاب وان كان بعد ذلك تردد **قوله** ولو قال هذا المال مضاربة لغايب قيل يقبل قوله مع يمينه ويقر في يده ه القول للشيخ رحمه الله في المبسوط وهو متفرع على قبول اقراره بالعين ووجه افراده بالذكر ان الاقرار بالعين كان لمعين فياخذها عنده وهاهنا الاقرار لغايب ويدل عليه قوله بعد ذلك وان كان لحاضر وصدقه دفع اليه وان كذبه قسم بين الغرماء والحكم في ذلك قد سبق مع توجيه القولين ويبقى في حكم الشيخ هنا اشكال من وجهين احدهما اثباته اليمين على المقر مع انه لاثبات مال الغير والثاني اقرارها في يده مع انه مسلوب اهلية اليد لان الحجر عليه رفع يده عن السلطنة المالية والظاهر ان هذا هو منشاء افراد المص المسئلة بالذكر والا فقد علم حكمها مما تقدم في غير هذين الحكمين ويمكن ان يدفع الاشكال الثاني بان المفلس انما يرفع يده عن ماله لتعلق حق الغرماء به اما مال الغير الذي هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه لانه

مكلف مختار رشيد ويده ليست يد عدوان قوله ولو اشترى بخيار وفلس والخيار
باق كان له اجازة البيع وفسخه لانه ليس بابتداء تصرف ه لم يتقدم من المص ما يدل
على ان التصرف الممنوع منه هو المبتداء حتى يعلل به ذلك ولكن قد عرف مما هنا
انه يريد بالسابق المبتدا وليس بجيد فان المناسب دلالة السابق على اللاحق
دون العكس وحاصل المسئلة انه لو كان قد اشترى بخيار قبل الحجر عليه وبقيت
مدة الى بعد الحجر فله فسخ البيع لان هذا التصرف اثر امر سابق على الحجر فلا يمنع منه
ولا فرق بين ان يكون له غبطة في الفسخ وعدمها وكذا له الرد بالعيب السابق
مطلقا وشرط العلامة هنا اعتبار الغبطة وفرق الشهيد رحمه الله بين الرد
بالعيب فانه يثبت على طريق المصلحة فيتقيد بها وفيه نظر لان كلا من الخيارين
ثابت باصل العقد وانما افترقا بان احدهما تبع الاشتراط والآخر بمقتضى العقد
ولم يقل احد بتقييد فسخ العيب في غير المفلس بالمصلحة فاعتبار الغبطة فيه هنا مع
كونه ليس من التصرفات المبتداة ليس بجيد ولو قيل ان الحكمة الباعثة على
اثبات خيار العيب هو الغبطة نظرا الى نقص المعيب قلت مثله في الخيار
فان حكمة الخيار مع ان الاصل في البيع اللزوم لانه لم يوضع الا لتملك كل من
المتعاوضين مال الآخر انما هي امكان ان يتجدد لذي الخيار ما يوجب ارادة الفسخ
فلا يجد السبيل اليه فيشرع الخيار لذلك ومن ثم ثبت في الحيوان ثلثة ايام من غير
شرط لان الحيوان مما يشتمل على امور خفية لا يطلع عليها ابتداء غالبا بخلاف
غيره ولما امكن في غيره ذلك شرع اشتراط الخيار ومما قد تخلف من افراد العيب
بالاغبطة في رده بل الغبطة في قبوله غالبا خصا العبد فانه عيب مع استلزامه
زيادة القيمة ومثله الفسخ بخيار المجرد التشهي فالحكم فيهما واحد وبالجملة
فالقواعد الكلية في الاحكام الشرعية اخرجت الامور الحكمية عن بعض موضوعاتها

موضوعاتها الجزئية وفي التذكرة فرق بين الخيار والعيب بان العقد في زمن الخيار
متزلزل لا ثبات له فلا يتعلق حق الغرماء بالمال ويضعف تعلقه به بخلاف ما
اذا خرج معيبا واذا ضعف التعلق جاز ان لا يعتبر شروط الغبطة وفيه نظر
فان التزلزل مشترك فيهما فالحكم بحكم ونقل فيهما عن بعض الشافعية اعتبار الغبطة
فيهما قياسا وجعل عدم اعتبار الغبطة فيهما وجها وهو الوجه قوله ولو كان له
حق فقبض دونه كان للغرماء منعه ه يمكن ان يريد بالاقتصار على قبض البعض
اسقاط الباقي وثبوت منعهم له عن ذلك ظاهر لانه تصرف مبتدا فلا يمكن منه
فيكون قبض البعض كناية عن الاقتصار عليه مع اسقاط الباقي ويمكن ان يريد به قبض
بعض الحق في ذلك المجلس وتأخير الباقي الى وقت آخر لا يفوت فيه غرض الغرماء
وانما يكون لهم منعه حيث لا يلزم قبض البعض اذا بذله من عليه الحق كثمن المبيع
فلو كان الحق عوضا عن دين او اتلاف مال كان له قبض البعض وقد تقدم
تفصيل ذلك في البيع واعلم ان نسبة القبض اليه على طريق المجاز فانه لا يمكن
من قبض المال لاقتضاء الحجر ذلك وانما المراد اثبات تسلطه على الحكم المذكور
وان كان القابض غيره قوله ولو اقرضه انسان مالا بعد الحجر او باعه بثمن في
ذمته لم يشارك الغرماء وكان ثابتا في ذمته ه هذا في العالم بحاله موضع وفاق
ولاقدامه على دينه حيث علم اعساره وتعلق حق الغرماء باموالها اما لو كان
جاهلا بحاله فقد جزم المص بانه كذلك لتعلق حق الغرماء الموجودين عند الحجر
باموالها وان كانت متجددة بناء على تعلق الحق المتجدد من ماله فلا يتوجه له
الضرب معهم وله اخذ عين ماله وفيه وجهان آخران احدهما جواز فسخه و
اختصاصه بعين ماله لعموم قوله صلى الله عليه وآله صاحب المتاع احق بمتاعه
اذا وجده بعينه الثاني الضرب مع الغرماء لان له حقا ثابتا في الذمة فهو غريم

فيضرب به كسائر الغرماء ولانه قد ادخل في مقابل الثمن مالا فليضرب بالثمن
اذ ليس فيه اضاعة على الغرما ويضعف الوجهان بما تقدم من تعلق
حق الغرماء بماله وان كان متجددا قبل هذا التحريم مع ان الوجهين متنافيان
لانه ان كان غريما اختص بعين ماله وان لم يكن غريما لم يضرب وما اختاره
المص لا يخ من قوة واحترز بكونه في ذمته عما لو اشترى بعين من اعيان ماله
فان الشراء يقع باطلا على ما سلف او موقوفا على اجازة الغرماء او على فك
الحجر وسلامة تلك العين قوله ولو اتلف مالا بعد الحجر ضمن وضرب
صاحب المال مع الغرماء ه انما يضرب صاحب المال المتلف مع كون
السبب متأخرا عن الحجر لانتفاء رضاه وانما ثبت حقه بوجه قهري فيثبت
له استحقاق الضرب ومن ثم قيل في الجاهل بالمعاملة ذلك الا ان بينهما فرقا
وهو ان الجاهل مختار وربما كان جهله مستندا الى تقصيره في البحث عن حال
معامله لان المحجور عليه يشيع خبره على وجه لا يشتبه الا على المقصر في البحث
وفي حكم اتلافه المال جنايته على نفس آدمي محترمة او طرفه قوله ولو اقر
بمال مطلقا وجهل السبب لم يشارك المقر له الغرماء لاحتماله ما لا يستحق به
المشاركة ه قد علم مما تقدم ان ثبوت المال في ذمة المحجور عليه قد يكون مما
يضرب به كالذي سبق سببه والواقع قهرا بعده كالاتلاف والجناية
وقد لا يكون كذلك كالمتجدد باختيار الغريم فاذا اقر بمال مطلقا احتمل كونه
مما يضرب به مع الغرماء وعدمه ومتى احتمل الامرين يضعف عن مقاومة
ما علم تعلقه شرعا بماله وهو حق الغرماء السابقين على الحجر فيختصون به
لاصالة عدم استحقاق المقر له المشاركة وربما قيل بوجوب استفصاله ليعلم
استحق المقر له الضرب ام لا ولا شبهة في جوازه واولويته اما وجوبه فيمكن

فيمكن دفعه بان تعلق حق الغرماء بعين ماله لما كان معلوما وتعلق حق المقر له
غير معلوم لما ذكرناه فيبقى على اصالة عدم المشاركة الى ان يثبت خلافها قوله
ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر وتحل بالموت ه هذا هو المشهور وعليه العمل لاصالة
بقاء ما كان عليه وقال ابن الجنيد انه تحل قياسا على الميت وهو باطل مع
وجود الفارق بتحقق الضرر على الورثة ان منعوا من التصرف الى حلوله و
صاحب الدين ان لم يمنعوا بخلاف المفلس ولا فرق في دين الميت
بين مال السلم والجناية المؤجلة وغيرهما على الاقوى لعموم النص ووجه احتمال
خروجهما ان الاجل في السلم جزء من العوض فلو حل مال السلم لزم نقصان
العوض واجل الجناية بتعيين الشارع فبدونه لا يكون تلك الدية وعموم
النص يرفع ذلك ويسقط ما ادعى تاثيره لانهما فردان من افراد الديون
فينتاولهما كغيرهما قوله ومن وجد منهم عين ماله كان له اخذها ولو لم يكن
سواها وله ان يضرب مع الغرماء بدينه سواء كان وفي او لم يكن على الاظهر ه
هذا هو المشهور وعليه العمل والنصوص دالة عليه وللشيخ رحمه الله قول بان لا
اختصاص الا ان يكون هناك وفا استنادا الى صحيحة ابي ولاد عن ابي عبد الله
ولا دلالة فيها لانها واردة في غريم الميت لا غريم المفلس وقد تقدم انه
يمكن تجدد الوفا وان كان في ابتداء الحجر قاصرا عن الدين اما بارث او اكتساب
او ارتفاع قيمة امواله او نماها فلا يرد ان شرط الحجر القصور وكيف يتصور الوفا
معه ويمكن هناك ايضا ان يكون الديون انما تزيد عن امواله مع ضميمة الدين
المتعلق بمتاع واحد فاذا اخرج دينه من بين الديون ومتاعه من بين امواله
صارت وافية بالديون قوله اما الميت فغرماؤه سواء في التركة الا ان
يترك نحوا مما عليه فيجوز لصاحب العين اخذها ه مستند ذلك صحيحة ابي ولاد

التي اشرنا اليها سابقا والمراد بالنحو هنا المثل بمعنى ان يكون تركته قدر ما عليه فصاعدا
بحيث لا يحصل على باقي الغرماء قصور وانما عبر المص بالنحو تبعا للرواية
ولا فرق بين ان يموت المديون محجورا عليه اولا لان الموت بمنزلة الحجر وقيل
الحكم مختص بالمحجور عليه واطلاق النص يدفعه والحكمة في شرط الوفاء في مال الميت
دون الحي واضحة لان الميت لا يبقى له ذمة فلا يناسب الاختصاص الا مع
الوفاء لئلا يتضرر الغرماء بخلاف الحي فان ما يتخلف من الدين يتعلق بذمته
فربما لا يضيع والقول بذلك هو المشهور بين الاصحاب وخالف فيه ابن الجنيد
فحكم بالاختصاص هنا وان لم يكن وفاء كالحي وهو ضعيف **قوله** وهل الخيار
في ذلك على الفور قيل نعم ولو قيل بالتراخي جاز ه الاشارة بذلك في الحي و
الميت فان في كون الخيار لواجد العين حيث يجوز له اخذها على الفور ام
التراخي قولين منشاؤهما اطلاق النص بثبوته فيستصحب الى ان يثبت المزيل
وهو الذي مال اليه المص هنا ووجوب الوفاء بالعقد وبناء البيع على اللزوم
فيقتصر في الخروج عن ذلك على موضع الضرورة جمعا والحق ان هذا الخيار خاص
مخرج لما ذكر عن العموم او مقيد له فيثبت مطلقا وان كان مراعاة الفورية
اولى **قوله** ولو وجد بعض المبيع سليما اخذ الموجود بحصته من الثمن وضرب
بالباقي مع الغرماء وكذا لو وجده معيبا الى قوله وتركه ه اذا وجد البائع بعض
مبيعه دون بعض فلا يخ اما ان يكون البعض الفائت مما يقسط عليه الثمن بمعنى
بسطه عليه وعلى الباقي بالنسبة وهو الذي يصح افراده بالبيع كعبد من عبدين
ونصف ثوب اولا يكون كذلك كيد العبد وعلى التقديرين فالتالف اما
ان يكون تلفه من قبل الله تعالى او بجناية اجنبي او من المشتري او من البائع
فالصور ثمان ومحصل حكمها ان البعض الفائت ان كان له قسط من الثمن

الثمن بالمعنى الذي ذكرناه فان البائع يتخير بين ان يأخذ الباقي بحصته من الثمن و
يضرب مع الغرماء بحصة التالف وبين ان يضرب بجميع الثمن وهذا هو
القسم الذي صدر به المص ولا خلاف في حكمه عندنا مطلقا لان الموجود وجد
عليه انه عين ماله فله اخذها وانما خالف فيه بعض العامة وزعم انه ليس له
الرجوع بالباقي لانه لم يجد المبيع بعينه وان لم يكن للغائب قسط من الثمن كما
لو وجد العبد بغير يد فان كان فواتها بآفة من الله تعالى فليس للبائع الا الرضا
به على تلك الحال والضرب بالثمن عند المص واكثر الاصحاب حتى ان المص
لم ينقل فيه هنا خلافا وانما لم يكن هنا ارش لانه لا حق له في العين لم الا بالفسخ
المتجدد بعد العيب وانما حقه قبل الفسخ في الثمن فلم يكن العين مضمونة ولم يكن
له الرجوع بارش المتجدد وذهب ابن الجنيد الى مساواة القسم للسابق في استحقاق
ارش النقصان وقواه العلامة في المخ والشيخ رحمه الله وهو حسن لان فسخ المعاوضة
يوجب رجوع كل مال الى صاحبه فان كان باقيا رجع به وان كان تالفا رجع ببدله
كائنا ما كان وكون العين في يد المشتري غير مضمونة للبائع معارض بماله قسط
على انا لا نقول انها مضمونة مطلقا بل بمعنى ان الغائب في يد المشتري يكون من
ماله لان ذلك هو مقتضى عقود المعاوضات المضمونة فاذا ارتفع عقد المعاوضة
رجع كل من العوضين الى مالكه او بدله واما كون مثل اليد لا قسط لها من الثمن
فان اراد ان الثمن لم يبذل في مقابلها منه شيء ففساده ظاهر اذ لولاها لم يبذل
جميعه قطعا وان اراد ان الثمن لا يتقسط عليها وعلى باقي الاجزاء على نسبة
الكثرة والقلة كالعشر في متساوي الاجزاء فانه لا يقسط عليه عشر الثمن وبحسب
قيمته فيما يمكن افراده بالبيع كالعبد من عبدين فلا دلالة فيه على مطلوبهم وان
كان فوات الجزء المذكور بجناية اجنبي تخير البائع بين اخذه والضرب بجزء

من الثمن على نسبة نقصان القيمة وبين الضرب بجميع الثمن وذلك لان الاجنبي
لما ثبت عليه ارش الجناية والارش جزء من المبيع وقد اخذه المشتري
فلا يضيع على البائع بخلاف التعيب بالآفة السماوية حيث لم يكن عوض
كذا عللوه وهو مناف لما ذكروه سابقا لانه لما وقع في وقت لم يكن العين
مضمونة عليه ولم يستحقها البائع الا بعد الفسخ كما ذكروه في ذلك التعليل
ينبغي ان لا يكون له الا الرضا بالعيب لانه لم يجد سواه وعلى ما قررناه من
ان الفسخ يوجب رجوع كل من المتعاوضين الى ماله او بدله فلا اشكال
سنف واحترز بكون الارش المرجوع به على نسبة نقصان القيمة عما
ضمنه الجاني فانه لا يعتبر لان ضمانه لارش الجناية قد يكون بتقدير شرعي
بحيث يكون بقدر قيمة المجني عليه فيلزم الرجوع بالعوض والمعوض وكذا لو
كان العبد يساوي مائتين مثلا وقد اشتراه بمائة فجنى عليه الجاني بقطع يده
فان ارشها نصف القيمة وهو مائة فلا يرجع البائع بها وبالعبد لئلا يجتمع
بينهما بل الارش الذي يرجع به جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة نقصان القيمة
اليها لان هذا هو قاعدة الارش واما حكم ارش الجناية فخارج بامر شرعي
يستحقه مالك العين حين الجناية وان كان فوات الجزء بجناية البائع
فهو كالاجنبي لانه جنى على ما ليس بمملوك له ولا في ضمانه وهذا القسم داخل
مع الاجنبي في قول المص وان كان بجناية المشتري فقد قطع المص
بكونه كالفوات من قبل الله تعالى لما سبق من التعليل وعلى ما اخترناه لا فرق
ويحتمل ان يكون جنايته كجناية الاجنبي لان اتلاف المشتري نقص واستيفاء
فكانه صرف جزءا من المبيع الى غرضه وهذه جملة احكام الاقسام **قوله**
ولو حصل منه نماء منفصل كالولد واللبن كان النماء للمشتري وكان له اخذ

الاصل بالثمن ه هذا موضع وفاق لم يخالف فيه الا بعض العامة ولانه حصل
في ملك المفلس فلم يكن للبائع الرجوع فيه لانه ليس عين ماله ولا فرق في الولد
بين الحمل والمنفصل ولا في اللبن بين المحلوب وغيره ومثله الثمرة المتجددة
وان لم يقطف **قوله** ولو كان النماء متصلا كالسمن او الطول فزادت لذلك قيمته
قيل له اخذه لان هذا النماء يتبع الاصل وفيه تردد ه القول للشيخ رحمه الله وجماعة
منهم العلامة في القواعد محتجين بان هذه الزيادة محض صفة وليست من
فعل المفلس فلا تعد مالا له ولانه يصدق انه وجد عين ماله فيرجع به و
وجه التردد مما ذكر ومن كون الزيادة ملكا للمفلس وان لم يكن بفعله لانها
نماء ملكه وان الرجوع في العين على خلاف الاصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات
مال المفلس ولا نسلم انها بقيت عين ماله بل هي مع شيء آخر وربما استشكل
الفرق بين الزيادة هنا وفي زمن الخيار حيث يرجع ذو الخيار بالعين مع هذه
الزيادة والفرق بان الخيار ثابت باصل العقد بخلافه هنا فانه طار بالحجر
لا يدفع لاشتراكهما في ان الفسخ من حينه فالسابق وقع في ملك المشتري و
ذهب جماعة منهم العلامة في المخ وابن الجنيد الى ان الزيادة للمفلس فان
رجع البائع في العين يكون شريكا للمفلس بمقدار الزيادة وفي التذكرة استقرب عدم
جواز الرجوع في العين واطلق واراد به ولو مع رد الزيادة لانه علل بعد ذلك
مسئلة ما لو كان حبا فزرعه فانه ليس له اخذه لانه اذا لم يكن له اخذ العين مع
الزيادة المتصلة فهنا اولى وح فتصير الاقوال ثلثة وكلها للعلامة وقول المص
قيل له اخذه يحتمل كون الاخذ مجانا وهو الظاهر فيكون اشارة الى قول ابن الجنيد
والظاهر ان مراده الاول **قوله** وكذا لو باع نخلا وثمرتها قبل بلوغها وبلغت بعد
التفليس ه اذا كانت الزيادة في الثمرة المذكورة نفس العين فالحكم كما سلف بل هي فرد

من افراد تلك المسئلة وهذا هو الذي تقتضيه حال الثمرة قبل البلوغ وبعده وان كانت الزيادة في القيمة خاصة مع بقاء الثمرة على قدرها ففي الحاقها بها وجهان من كون الزيادة القيمية حصلت في ملك المفلس فلا يوخذ منه مجانا ومن بقاء عين مال البائع من غير تغيير فيدخل في عموم الخبر واستقرب في التذكرة عدم جواز الرجوع في العين مطلقا متى زادت قيمتها الزيادة السوق والحق به مالو اشتراها المفلس بدون ثمن المثل **قوله** اما لو اشترى حبا فزرعه واحصد او بيضة فاحضنها وصار فيها فرخ لم يكن له اخذه لانه ليس عين ماله ٥ اشار بالتعليل الى ان الخبر الدال على الرجوع يقتضي كون عين المال قائمة وح فلا رجوع في الحب المزروع والبيضة لان الموجود الآن ليس عين المال وان كان اصله من ماله وبهذا فارق الغصب لان التغيير في الغصب كان في ملك المغصوب منه وكان الموجود له كيف كان ومثله القول في زرع المرتهن للحب المرهون وبالجملة فالمرجع هنا الى وجود العين لا الى مجرد الملك وكذا القول في العصير والخمر في يد المشتري ثم تخلل ولو قلنا بالمنع من الرد في مسئلة الزيادة المتصلة فههنا اولى **قوله** ولو باعه نخلا حائلا فاطلع واخذ النخل قبل تابيره لم يتبعها الطلع ٥ لان الطلع ثمرة متجددة في حكم المنفصلة فلا يتبع وانما تبعت في البيع بنص خاص فلا يتعدى ونبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله حيث حكم بجواز اخذ النخل مع الطلع وهو احد قولي الشافعي الا انه قاسه على البيع والشيخ لا يقول بالقياس ولو كانت قد ابرت فلا خلاف في التبعية لانها نماء حصل للمشتري على ملكه فلا يزول ولا يتصور تبعيته بوجه وكذا القول في باقي الثمار بعد الظهور وانما خص ثمرة النخل قبل التابير للتنبيه المذكور وحيث يكون الثمرة للمشتري واخذ البائع الشجر يجب عليه ابقاؤها الى اوان قطعها عادة

عادة بغير اجرة **قوله** وكذا لو باع امة حائلا فحملت ثم فلس واخذها البائع لم يتبعها الحمل ٥ القول في الحمل كما مر في الثمرة وخالف فيه الشيخ رحمه الله ايضا فجعل الحمل كالجزء من الامة وحكم ان بيع الحامل يستتبع الحمل كذلك فيلزمه مثله هنا لان مذهبه ان الزيادة المتصلة لا تمنع اخذ البائع مجانا فيكون هنا كذلك لكنه لم يصرح به الا ان مقدماته يستلزمه وحيث حكم بكون الحمل للمشتري يجب على البائع ابقاؤه الى الوضع بغير اجرة ويمكن اعتبار شرب اللبا ايضا وقد ذكروه في نظائره محتجين بان الولد لا يعيش بدونه **قوله** ولو باع شقصا وافلس المشتري كان للشريك المطالبة بالشفعة ويكون للبائع اسوة مع الغرما في الثمن ٥ قد اشتملت هذه المسئلة على حكمين **احدها** تقديم حق الشفيع على البائع ووجهه ان حقه اسبق من حقه لان الشفيع استحق العين بالبيع وحق البائع انما تعلق بها بالحجر وهو متاخر عن البيع ولان حق الشفيع لاحق للبيع لذاته وحق البائع لاحق له بواسطة الحجر وما بالذات اولى مما بالعرض ولان حقه اقوى لانه ياخذ من المشتري وممن نقله اليه وان تعدد ويبطل جميع العقود والبائع انما يتعلق بالعين ما دامت باقية على ملك المشتري و لانه ياخذها الغرماء وذلك لانه انما يثبت للمشتري بالاخذ بالشفعة وفي تلك الحال يكون مالا للمشتري فيتساوى فيه الغرماء ولا تقدم به البائع لانه ليس عين ماله بل عوضه وهو لا يقدم بالعوض والمص اقتصر على الحكمين طارحا ما عداهما عن درجة لضعفه وقد حكى الشيخ في المبسوط وجهين آخرين وكذلك العلامة وهما قولان للشافعية احدهما ان البائع مقدم على الشفيع فيفسخ وياخذ العين لعموم الخبر الدال على اختصاص البائع بعين ماله ولان الشفعة شرعت لدفع الضرر بالشركة التي لا يختارها

الشريك والضرر هنا يزول عن الشفيع لان البائع اذا رجع في الشقص عاد الامر كما كان قبل البيع ولم يتجدد شركة غيره ويضعف بمنع شمول الخبر للمتنازع لسبق حق الشفيع سلمنا لكن تعارض عمومان فيقدم الاسبق ومراعاة دفع الضرر في الشفعة غير لازمة وان كان اصل الحكمة فيها ذلك بل هي ثابتة بالنص والاجماع فلا تندفع بهذه الاعتبارات الوهمية وثانيهما تقديم الشفيع بالبيع والبائع بالثمن على سائر الغرما حيث تعذر اخذه للعين وحيث انه عوض ماله الذي قد وجده في حالة الحجر بعينه وقد كان حقه التقدم به لولا عروض مانع سابق فيرجع الى بدله جمعا بين الحقين ويضعف بان الخبر ان افاده حكما اخذ العين والا لم ينفعه في الثمن لعدم تناول الخبر له بل هو من جملة اموال المفلس وللشيخ رحمه الله في هذه المسئلة قول مبني على اصله السابق وهو انه مع الوفاء يكون المشتري اولى بالثمن وان لم يكن في ماله وفاء كان اسوة الغرما اختاره في ط وهو ضعيف المأخذ لكنه غير مخالف في فائدة الحكم لانه مع وفاء ماله بدين الغرما يفضل الثمن المذكور الا انه لا يختص الفضل به **قوله** ولو فلس المستأجر كان للموجر فسخ الاجارة ولا يجب عليه امضاؤها ولو بذل الغرماء الاجرة ٥ اذا افلس المستاجر ولم يكن قد دفع الاجرة جاز للموجر الفسخ واخذ العين الموجرة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان ولانه يدخل في عموم الخبر لانه قد وجد عين ماله وله امضاء الاجارة والضرب مع الغرما بالاجرة وتفصيل المسئلة ان الحجر عليه اما ان يكون قبل مضي شيء من المدة او بعده وعلى الثاني اما ان يكون العين الموجرة فارغة من حق المفلس كالدار او مشغولة كالارض بزرعها او بغيرها والدابة قد حمل عليها وهو في اثناء المسافة ثم اما ان تكون الاجارة واردة على عين او ذمة فان كان الحجر

الحجر قبل مضي شيء من المدة يقبل تقسيط الاجرة عليه فان فسخ الموجر اخذ العين و سقطت الاجرة وان اختار امضاء الاجارة ضرب مع الغرماء بالاجرة وآجر الحاكم العين على المفلس كما يوجر اعيان امواله التي لا يمكن بيعها وصرف الاجرة الى الغرماء هذا ان كانت معينة ولو كانت في الذمة واختار الموجر الامضاء امره الحاكم بتعيينها ليوجرها وان كان بعد مضي شيء من المدة له قسط من الاجرة فان كانت فارغة وفسخ الموجر ضرب مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الاجرة المسماة كما لو باع عبدين فتلف احدهما فسخ في الباقي وان اختار الامضاء ضرب بجميع الاجرة وان كانت مشغولة كان كان بزرع وقد استحصد واجاز الفسخ فله المطالبة بالحصاد وتفريغ الارض وان كان قبله فان اتفق مع الغرماء على قطعه قصيلا قطع وكان كالسابق وان اتفقوا على التبقية فلهم ذلك مع بذل اجرة المثل لبقية المدة مقدمة على الغرماء اذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حقهم كاجرة الكيال والوزان وان كان دابة تحمل نقل الحمل الى مامن باجرة المثل لذلك الحمل من ذلك المكان مقدما بها على الغرماء كما مر فاذا نقله سلمه الى الحاكم مع امكانه والا وضعه على يد عدل وكذا لو كانت الاجرة لركوب المفلس وحصل الفسخ في اثناء المسافة فانه ينقل الى المامن باجرة مقدمة دفعا للضرر عن نفسه الذي هو اولى من حفظ ماله ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الاجارة العين او الذمة لتحقق اليقين **قوله** ولو اشترى ارضا فغرس المشتري فيها او بنى ثم فلس كان صاحب الارض احق بها وليس له ازالة الغرس ولا الابنية وهل له ذلك مع بذل الارش قيل نعم والوجه المنع ٥ انما كان له الرجوع في الارض مع تغيرها بالغرس لانها عين ماله وهي متميزة عن مال

المفلس لا تستلزم الرجوع فيها اخذ المال المفلس ولا ضرر عليه لانه يبقى فيها الى ان يفنى بغير اجرة فيدخل فى عموم الخبر وانما لم يكن له الازالة لانها وضعت بحق فى زمن ملكه فيكون محترمة ولا يجوز ازالتها ولا مع الارش على الاقوى والمعو بجواز ازالتها مع الارش للشيخ فى المبسوط وربما استدل له بظاهر الخبر حيث ان المتبادر من الرجوع فى العين استحقاق منافعها فحيث وضع الغرس بحق يجمع بين الحقين تعلقه بالارش وعلى هذا ينبغى ان يجوز ابقاؤه باجرة لا مجانا لان ذلك هو مقتضى التعليل ولكن لم يذكر احد استحقاق الاجرة ولو ابقاها نعم هو وجه لبعض الشافعية والفرق بين هذه وبين العين الموجرة اذا فسخ فيها الموجر وقد استعملت بغرس المستاجر حيث انه يستحق الاجرة فيها كما تقدم دون هذه ان المعقود عليه فى البيع الرقبة وانما يحصل له بالفسخ وان لم ياخذ الاجرة وفى الاجارة المعقود عليه هو المنفعة فاذا فسخ العقد فيها واستوفاها المستاجر بغير عوض خلا الفسخ عن الفائدة ولم يعد اليه حقه فلم يستفد بالفسخ شيئا فجبرت المنفعة حيث لم يتمكن من استيفائها بالاجرة وايضا فان المشترى دخل على ان لا يضمن المنفعة فلم يثبت عليه اجرة كما لو باع اصولا دون ثمرتها بخلاف المستاجر فان متعلق ضمانه هو المنفعة فيجب عليه الاجرة وفى حكم الغرس البناء اما الزرع فيجب على البائع ابقاؤه الى اوانه بغير اجرة ولو فسخ فى الارض قولا واحدا والفرق ان للزرع امدا قريبا ينتظر فلا تعدى العين معه كالثمرة فينتظر بخلاف الغرس والبناء على القول بجواز قلع الغرس وازالة البناء بالارش فطريق تقديره ان يقوم الغرس قائما الى ان يفنى بغير اجرة والبناء ثابتا كذلك ومقلوعا فالارش هو التفاوت قوله ثم يباعان ويكون له ما قابل الارض فان امتنع بقيت له الارض وبيعت الغروس

الغروس والابنية منفردة هذا تفريع على عدم استحقاق البائع ازالتهما ولا بالارش فالطريق الى وصوله الى حقه ان تباع الارض بما فيها من البناء والغرس فله من الثمن ما قابل الارض وطريق معرفته ان يقوما معا ثم تقوم الارض مشغولة بهما ما بقيا مجانا وينسب قيمتها كذلك الى قيمة المجموع ويوخذ من الثمن لها بنسبة ذلك والباقى للمفلس هذا ان رضى البائع ببيع الارض والا لم يجبر عليه بل يباع مال المفلس على حالته التى هو عليها من كونه فى ارض الغير مستحق البقاء الى ان يفنى مجانا وان استلزم ذلك نقصانا فى قيمته لو ضم الى الارض واخذ للارض قسطها فان ذلك هو حق المفلس فلا يوثر هذا النقصان وحيث يباع منفردا يبقى حكمه حكم من باع ارضا واستثنى شجرة فى جواز دخول مالكها اليها وسقيها الى آخر ما ذكر من احكامها وقد تقدمت فى البيع قوله ولو اشترى زيتا فخلطه بمثله لم يبطل حق البائع من العين وكذا لو خلطه بدونه لانه رضى بدون حقه وان خلطه بما هو اجود قيل يبطل حقه من العين ويضرب بالقيمة مع الغرماء ه انما لم يبطل حق البائع بمزج المبيع لوجود عين ماله فى جملة الموجود غايته انها غير متميزة وذلك لا يستلزم عدمها اذ لا واسطة بين الموجود والمعدوم ويمكن التوصل الى حقه بالقسمة لان الزيت كله سواء فياخذ حقه بالكيل او الوزن هذا اذا خلطه بمثله او اردى اما لو خلطه بالاجود فالاقوى انه كذلك لعين ما تقدم فان العين موجودة ايضا قطعا غاية ما هناك انه تعذر تميزها لكن يمكن التوصل الى قيمتها بان يباعا ويكون له بنسبة ما يخصه من القيمة وهو مختار العلامة فى المخ والتحرير فعلى هذا لو كانت قيمة زيته درهما والممزوج درهمين بيعا واخذ ثلث الثمن ويحتمل ان يكون له ذلك فى الخلط بالاردى ايضا لانه حقه والحال ان العين باقية وقد تعذر التوصل اليها

فيعدل الى القيمة واختاره فى التحرير والقول ببطلان حقه لو مزجه بالاجود للشيخ رحمه الله وتبعه العلامة فى التذكرة والقواعد فيحصل للعلامة فى المسئلة ثلثة اقوال ووجه هذا القول ان العين تصير حينئذ بمنزلة التالفة من طريق المشاهدة والحكم اما الاول فللاحتياط واما الثانى فلانه لا يمكنه الرجوع الى عينه بالقيمة واخذ المقدار من الممتزج للاضرار بصاحب الاجود وهو ضعيف لان العين موجودة ويمكن التوصل الى الحق بالقيمة ولو اثر مثل هذا الاختلاط فى ذهاب العين لزم مثله فى القسمين الاخرين وحكى الشيخ رحمه الله فى قسم الاجود قولا ثالثا وهو ان يدفع الى البائع من عين الزيت بنسبة ما يخصه فاذا خلط جرة تساوى دينارا بجرة تساوى دينارين فللبائع قيمة ثلث الجميع فيعطى ثلث الزيت وهو ثلثا جرة ثم غلطه باستلزامه الربا وهو يتم على القول بثبوته فى كل معاوضة ولو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيدا قوله ولو نسج الغزل او قصر الثوب او خبز الدقيق لم يبطل حق البائع من العين وكان للغرماء ما زاد بالعمل ه اعلم ان الزيادة اللاحقة للمبيع اما ان يكون من نفسه او من خارج والاولى اما متصلة محضا كالسمن او منفصلة محضا كالولد او متصلة من وجه دون آخر كالحمل وقد تقدم حكم الثلثة والزيادة الخارجية اما ان تكون عينا محضا كالغرس او صفة محضة كنسج الغزل وقصر الثوب او صفة من وجه وعينا من آخر كصبغ الثوب وقد تقدم حكم القسم الاول وبقى الاخيران وهذه المسئلة حكم الثانى والثالث بعدها بلا فصل اذا تقرر ذلك فنقول اذا اشترى عينا وعمل فيها عملا يزيد فى صفتها لا فى ذاتها كان يطحن الحنطة او يخبز الدقيق او يقصر الثوب او يخيطه بخيوط منه او ينسج الغزل او ينشر الخشب الواحا او يعملها بابا ونحو ذلك لم يسقط حق رجوعه بالعين عندنا لان

لان العين لم تخرج عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها فكان واجدا عين ماله ثم ان لم يزد قيمة المبيع بهذه الصفات فلا شىء للمفلس سواء غرم المفلس عليه شيئا ام لا وان نقصت قيمته فلا شىء للبائع معه ولو اختار اخذ العين وان زادت القيمة بسببه صار المفلس شريكا فيها كزيادة العين ضاع العين ويكون للمفلس من الثمن بنسبة ما زاد فلو كان قيمة الثوب مائة خاما ومقصورا مائة وعشرين كان للمفلس سدس الثمن هذا هو الذى قطع به المص وهو احد القولين فى المسئلة والقول الآخر ان العين تسلم الى البائع مجانا الحاقا لهذه الزيادة بالمتصلة كالسمن وغيره بناء على ان حكم المتصلة ذلك وقد تقدم الخلاف فيها فمن حكم هناك بان الزيادة للمشترى يحكم بها هنا بطريق اولى ومن يحكم بكونها للبائع يمكن ان يحكم بان هذه للمشترى لان هذه من فعله او ما فى حكمه بخلاف السمن والكبر فانهما من فعل الله تعالى وان كان سببهما من فعل المكلف كالعلف والسقى ومن ثم يتخلف السمن عنهما فى بعض الاحيان وربما يحصل بدونهما فى آخر وعلى تقدير استناده اليهما فالفاعل هو الله تعالى بخلاف طحن الحنطة وخبز الدقيق ونحوهما ومن ثم جاز الاستيجار عليه ولم يجز الاستيجار على القسمين ونحوه كما لا يخفى والاقوى فى الموضعين ان الزيادة للمفلس وح فالمعتبر بالقيمة مع الزيادة حين الرجوع قوله ولو صبغ الثوب كان شريكا للبائع بقيمة الصبغ اذا لم ينقص قيمة الثوب به ه هذا مثال ما لو كانت الزيادة عينا من وجه وصفة من آخر فان الصبغ فى نفسه عين واحدث للثوب صفة من اللون لم يكن وح اما ان يزيد الثوب فى القيمة بقدر قيمة الصبغ او اقل او اكثر او لا يزيد شيئا او ينقص ففى الاول يكونان شريكين بنسبة المالين كما لو كانت قيمة الثوب مائة والصبغ عشرين وساوى بعد الصبغ مائة وعشرين

والقيمة (

فللمفلس سدس الثمن والقيمة هنا على الاعيان ولا يتحقق للصفة حكم لانتفاء الزيادة بسببها وفي الثاني يكون للبايع بقدر قيمة الثوب والنقصان على المفلس لان الصبغ يتفرق اجزاؤه في الثوب ويهلك والثوب قائم بحاله فكانت نسبة النقصان الى الصبغ اولى ولكن يشترط في ذلك ان لا يعلم استناد النقصان او بعضه الى الثوب والا لحقه بحسبه وفي الثالث وهو زيادة قيمته مصبوغا عن قيمة الثوب والصبغ كما لو صار في المثال يساوي مائة وثلثين فلا شبهة في كون كل عين محفوظة بقيمتها وانما الكلام في الزائد عنهما فان صفة محضة فيجري فيها البحث في المسئلة السابقة فان الحقناها بالاعيان فهي باجمعها للمفلس وهو الاقوى وان الحقنا الاثر بالعين فهي للبايع ويحتمل بسطها على نسبة المالين لعدم الاولوية حيث انها تابعة للعينين وان لم يزد قيمة الثوب شيئا بالصبغ او نقصت لم يكن للمفلس شيء لان عين مال البايع قائمة وعين مال المفلس ذاهبة كما مر والصفة منتفية فينتفي الشركة فيه قولا واحدا ويمكن شمول قول المص اذا لم ينقص قيمة الثوب به للقسمين وان كان في الثاني اوضح قوله وكذا لو عمل المفلس فيه عملا بنفسه كان شريكا بقدر العمل هذا من افراد الصفة المحضة وقد كان يمكن الغنا عنه بالسابق فانه اعم من كونه بنفسه وبغيره وانما يكون شريكا بقدر العمل مع زيادة العين بقدره خاصة والكلام فيه ما تقدم من الاقسام قوله ولو اسلم في متاع ثم افلس المسلم اليه قبل ان وجد راس ماله اخذه والا ضرب مع الغرما بالقيمة وقيل له الخيار بين الضرب بالثمن او بقيمة المتاع وهو اقوى القول الاول للشيخ رحمه الله ووجهه مع وجدان عين ماله دخوله في العموم ومع عدمه يضرب بدينه كما في كل غريم ودينه هو المسلم فيه فيضرب به وانما اعتبر القيمة لان الضرب باعتبارها والا فالمرجع الى نفس الدين ووجه الثاني مع تلف عين ماله ما تقدم في السلف من انه متى تعذر المسلم فيه وفي وقته تخير المسلم بين الفسخ والصبر فيكون هنا كذلك الا انه مع الفسخ يضرب بالثمن ومع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه اذ لا صبر هنا لاحد من الغرماء وهذا هو الاقوى وهو اختيار الاكثر ولكن يجب تقييده بما لو لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه او يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه فلو فرض ذلك لم يكن له الفسخ اذ لا انقطاع للمسلم فيه ولا تعذر ومن الممكن ان يصل الى جميع حقه بان يفرض عدم قصور المال حين القسمة وان كان قاصرا كما مر فلا بد من ملاحظة مثل هذا القيد وعلى تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه ايضا وفي ما قرر به المص القول الثاني اجمال وتلخيصه انه مع وجود العين وهو الثمن تخير المسلم بين الفسخ واخذه وبين الضرب بدينه وهو المسلم فيه وان وجده تالفا تخير بين الفسخ فيضرب بالثمن وبين الامضاء فيضرب بالمسلم فيه قوله ولو اولد الجارية ثم فلس جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها ولو طالب بثمنها جاز بيعها في ثمن رقبتها دون ولدها ه وجه جواز انتزاعها ظاهر فانها عين ماله والاستيلاد المتجدد لها لا يمنع رجوعه اذ يجوز بيعها في ثمنها واخذها بمنزلته ولو اختار الضرب بالثمن جاز بيعها فيه ايضا لما قلناه واما الولد فهو حر على كل حال لانه ولد من سيدها حالة ملكه لها فلا سبيل لاحد عليه قوله واذا جني عليه خطأ تعلق حق الغرما بالدية ه وفي حكم الجناية على عبده ومورثه ولا يصح منه العفو هنا لانه تصرف في المال وهو ممنوع منه قوله وان كان عمدا كان بالخيار بين القصاص وبين اخذ الدية ان بذلت له ولا يتعين عليه قبول الدية لانها اكتساب وهو غير واجب لما كان الواجب في العمد بالاصالة هو القصاص والمال انما يلزم بالتراضي كان التخيير

للمجني عليه مع بذل الجاني المال بين القصاص لانه حقه وبين اخذ المال وبين العفو ولا يتعين عليه اخذ المال لو بذل له عملا بالاصل ولانه اكتساب للمال وهو غير لازم له الان كما لا يلزمه فان اقتص فلا كلام وان رضي بالمال وبذله الجاني تعلق به حق الغرما وان عفى مطلقا سقط حقه منها قوله نعم لو كان له دار او دابة وجب ان يواجرها وكذا لو كان له مملوكة ولو كانت ام ولد ه مما يستثنى للمديون مطلقا داره ودابته ومملوكه المحتاج اليه منها وهذه الثلثة لا تباع ولا تواجر وما ذكره المص يحمل على احد امرين اما بان يكون هذه الاشيا على وجه لا يمكن بيعه بان تكون موقوفة وهي زائدة على ما يستثنى واما على مواجرتها زمن الحجر الى اوان البيع واما ام الولد فلا تباع مطلقا اذا لم يكن عين مال احد من الغرماء فيمكن الحكم بمواجرتها اذا كانت فاضلة عن خدمته ولو كانت خدمته تحصل بها فالظاهر الاكتفا بها عن مملوكة اخرى لصدق المملوكية عليهما وان تشبثت بالحرية فيباع ما سواها مع احتمال عدمه وضمير يواجرها المستتر يعود الى المالك بدلالة السياق ولكن يجب تقييده باذن الحاكم ويمكن ان يعود اليه قوله واذا شهد للمفلس شاهد بمال فان حلف استحق وان امتنع هل يحلف الغرماء قيل لا وهو الوجه وربما قيل بالجواز لان في اليمين اثبات حق الغرماء ه القول بالمنع للشيخ والاكثر وهو الاقوى لان المال للمفلس الى ان تقتسمه الغرماء وان تعلق حقهم به والحلف لاثبات مال الغير ممتنع والقول بالجواز لابن الجنيد بناء على عود النفع اليهم وتسلطهم على المطالبة وهو ضعيف اذ لم يخرج بذلك عن كونه مال المفلس وفي حلفهم اشكال من وجه آخر وهو ان كل واحد منهم ان حلف على مجموع المال كان حلفا لاثبات مال لغيره وهو باقي الغرما وهو ممتنع ايضا زيادة على ما تقدم وان حلف على بعضه وهو القدر الذي يصيبه بالتقسيط لم يثبت له اجمع بل بعضه لانه

قوله تعالى وان كان ذو عسرة الاية كان بهذه تامة وهي التي يتم بفاعلها ويكتفي به وتقديره وان وقع ذو عسرة وقيل هي ناقصة وخبره محذوف وتقديره وان كان ذو عسرة غريما لكم ويجوز لو كان ناقصة وان كان في الشواذ وقرئ ذا عسرة اي وان كان الذي عليه الدين ذا عسرة فنظرة ذلك في عن ابي

لانه مال المفلس فلا يلتئم ثبوت جميع المال بهذا الحلف والاعتذار عن حلفه على المجموع بانه انما يثبت به استحقاقه لا يدفع ما ذكرناه لانه يتضمن اثبات مال الغير ايضا قوله واذا مات المفلس حل ما عليه ولا يحل ماله وفيه رواية اخرى مهجورة اما الاول فموضع وفاق واما الثاني فالمشهور بقاؤه بحاله لاصالة البقا وانتفاء الدليل وللفرق بتحقق الضرر في الاول على المالك ان تصرف الوارث وعلى الوارث ان منع منه الى ان يحل بخلاف موت من له الدين والرواية المذكورة بخلافه رواها ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال اذا مات الميت حل ماله وما عليه من الديون وعمل بها الشيخ في النهاية وتبعه جماعة والرواية مرسلة والاصح الاول قوله وينظر المعسر ولا يجوز الزامه ولا مواجرته وفيه رواية اخرى مطرحة هذا هو المشهور وعليه العمل ويدل عليه ظاهر قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة اطلق جماعة من اصحابنا انه لا يجب عليه الاكتساب ايضا ولا قبول الهبة ولا الصدقة ولا الوصية ونحوها ولو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسنا والرواية بجواز مواجرته رواها السكوني عن الصادق عليه السلام عن ابيه ان عليا عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم ان شئتم اجروه وان شئتم استعملوه وعمل بها ابن حمزة ومال اليه في المختلف واختاره الشهيد رحمه الله قوله يستحب احضار كل متاع في سوقه ليتوفر الرغبة ه انما يستحب الاحضار اذا وثق بانتفاء الزيادة لو بيع في غير سوقه والا فالاولى الوجوب لان بيعه فيه اكثر لطلابه واضبط لقيمته ولكن اطلق الجماعة الاستحباب قوله وحضور الغرماء تعرضا للزيادة ه استحباب هذا القسم مناسب اذ لا الخصوصية لهم في الشراء ويمكن وجوبه مع رجاء الزيادة بحضورهم وكذا يستحب حضور

المفلس او وكيله فانه اخبر بقيمة متاعه واعرف بجيده من غيره فيتكلم عليه ويخبر بقدره ويعرف المعيب من غيره وربما كان اكثر للرغبة فيه وابعد عن التهمة واطيب لنفس المفلس **قوله** وان يبدا ببيع ما يخشى تلفه ٥ جعل هذا من المستحب ليس بواضح بل الاجود وجوبه لئلا يضيع على المفلس وعلى الغرماء ولوجوب الاحتياط على الامناء والوكلاء في اموال مستامنيهم فههنا اولى لان ولاية الحاكم قهرية فهي ابعد عن مسامحة المالك وح فيبدا بما يخاف عليه الفساد عاجلا كالفاكهة ثم بالحيوان ثم بسائر المنقولات ثم بالعقارات هذا هو الغالب وقد تعرض لبعض ما يستحق التاخر والتقدم بوجه **قوله** وبعده بالرهن لانفراد المرتهن به ٥ ولانه ربما زادت قيمته عن الدين فيضم الباقي الى مال المفلس وربما نقصت فيضرب المرتهن بباقي دينه مع الغرماء وفي حكم الرهن العبد الجاني لتعلق حق المجني عليه برقبته واختصاصه وربما فضل منه فضلة كالرهن ويفارقه بانه لو قصر عنها لم يستحق المجني عليه الزائد لان حقه لم يتعلق بالذمة بل بالعين بخلاف الرهن فانه تتعلق بهما وهذا التقديم يناسب الاستحباب لان الغرض منه معرفة الزائد والناقص وهو يحصل قبل القسمة وفي التذكرة قدمه على بيع المخوف وما هنا اولى **قوله** وان يعول على مناد يرضى به الغرماء والمفلس دفعا للتهمة فان تعاسروا عين الحاكم ٥ هذا الحكم ينبغي ان يكون على سبيل الوجوب لان الحق في ذلك لهم لكونه مال المفلس ومصروفا الى الغرماء ويمكن مع ذلك الاستحباب لان الحاكم بحجره على المفلس اسقط اعتباره وكان كوكيله وحق الغرماء الاستيفاء من القيمة وهي حاصلة بنظر الحاكم والحاصل انه يفوض اليهم التعيين فان اتفقوا عليه والا عين هو هذا اذا كان معين كل واحد متطوعا او باجرة متجدده

متجددة والاقدم المتبرع وقليل الاجرة مع صلاحيته لذلك وهذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين الحاكم **قوله** واذا لم يجد من يتبرع بالبيع ولا بذلت الاجرة من بيت المال وجب اخذها من مال المفلس ٥ تقتضي العبارة جواز بذلها من بيت المال وبه صرح في التذكرة لانه معد للمصالح وهذا من جملتها ومعنى قوله ولا بذلت من بيت المال انه اذا لم يكن في بيت المال سعة اما لعدمه او للاحتياج الى صرفه الى ما هو اهم من ذلك جاز اخذها من مال المفلس لان البيع حق عليه وفي القواعد اطلق ان الاجرة على المفلس وهنا اجود **قوله** ولا يجوز تسليم مال المفلس الا مع قبض الثمن وان تعاسرا تقابضا معا ٥ هذا الحكم واضح فان مال الغير يجب الاحتياط فيه كذلك وهل الحق في ذلك منحصر في المفلس والغرماء فيجوز مع رضاهم يحتمله لان الحق الآن منحصر فيهم وعدمه لجواز ظهور غريم آخر متعلق دينه بالمال وهو اجود **قوله** ولو اقتضت المصلحة تاخير القسمة قيل يجعل في ذمة ملي احتياطا والاجعل وديعة لانه موضع ضرورة ٥ انما كان ذلك احتياطا لان القرض مضمون على المقترض بخلاف الوديعة فانها امانة لا يؤمن تلفها واعتبر في التذكرة في المقترض مع الملاءة الامانة وهو حسن **قوله** والاقرب انه لم يوجد مقترض ملي جعل وديعة ويكون المستودع عدلا وينبغي مراعات من يرتضيه الغرماء والمفلس ومع الاختلاف يعين الحاكم ونسبة المص الى القيل يشعر بتوقفه فيه ووجه التوقف من ان فرض الحاكم في الاموال التي يليها انما هو الاستيداع كما هو في اموال اليتامى وغيرهم ممن امره حوط من مال المفلس فينبغي ان يجوز الاقتصار على الوديعة وان امكن القرض وبه قطع في التذكرة وهو حسن وان كان الاول احوط **قوله** ولا يجبر المفلس على بيع داره التي يسكنها ويباع منها ما يفضل عن حاجته وكذا امته التي تخدمه ٥

تعتبر في الدار كونها لائقة بحاله كما وكيفا فلو زادت في احدها وجب الاستبدال بما يليق به او بيع الفاضل ان امكن افراده بالبيع وفي الامة الحاجة الى خدمتها او الاهلية لها بحسب حاله ومثلها العبد وفي حكمها دابة ركوبه ولو احتاج الى المتعدد استثنى كالمتحد وكذا يستثنى له دست ثوب يليق بحاله شتاء وصيفا قال في التذكرة والاولى اعتبار ما يليق بحاله في افلاسه لا في حال ثروته ويترك لعياله من الثياب ما يترك له قال ولا يترك له الفرش والبسط بل يسامح باللبد والحصير القليل القيمة ولا فرق في المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء وعدمه عندنا **قوله** ولو باع الحاكم او امينه مال المفلس ثم طلب بزيادة لم يفسخ العقد ولو التمس من المشتري الفسخ لم يجب عليه الاجابة لكن يستحب ٥ لا ريب في استحباب الاجابة الى كل اقالة فهنا اولى ولكن لا يجب لانه صار حقه هذا اذا لم يكن البيع بخيار للبايع والا جاز الفسخ وفي وجوبه نظر اقربه ذلك وان كان قد بيع بثمن المثل للقدرة على تحصيل الزيادة بالفسخ فيكون كما لو طلب بزيادة عن ثمن المثل قبل البيع **قوله** ويجرى عليه نفقته ونفقة من يجب عليه نفقته وكسوته ويتبع في ذلك عادة امثاله الى يوم قسمة ماله فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم الظاهر ان المراد بعادة امثاله من هو في شرفه وضعته وباقي اوصافه بحسب ما هو عليه الآن ولو مات بعض من ينفق عليه في اثناء النهار ففي ارتجاع بقية نفقته نظر من ان النفقة تملك مطلقا او بشرط استجماع شرائط الاستحقاق زمانها وسياتي ان شاء الله تعالى الكلام فيه **قوله** ولو مات قدم كفنه على حقوق الغرماء ويقتصر على الواجب منه ٥ وكذا يقدم كفن من يجب نفقته عليه ممن يجب تكفينه عليه قبل الافلاس ويقتصر على الواجب وهو ثلثة اثواب ويعتبر فيها الوسط مما يليق به عادة ولا يقتصر على الادون مع احتماله وبه قطع

في البيان ولو اكتفينا بالثوب الواحد في تادي الواجب لزم الاقتصار عليه هنا ولذا يستثنى مؤنة التجهيز من سدر وكافور وماء وغيرها **قوله** اذا قسم الحاكم مال المفلس ثم ظهر غريم نقضها وشاركهم الغريم ٥ اذا ظهر غريم بعد القسمة فلا يخ اما ان يطالب بعين من مال المفلس بان يكون بايعا او مبيعه قائم او يطالب بدين والاول اما ان يجدها مع بعض الغرماء او مع غيرهم بان يكون الحاكم قد باعها وجعل ثمنها في ماله او يجدها بايدي الغرماء بالسوية وفيما عدا الصورة الاخيرة لا يتوجه الا نقض القسمة لان العين اذا انتزعت من احدهم بقي بغير حق وفي الاخير والمطالب بدين قولان احدهما وهو الذي جزم به المص ان القسمة تنقض لتبين فسادها من حيث ان جميع الغرماء مستوون في المال وقد وقعت القسمة بغير رضا البعض فيكون كما لو اقتسم الشركاء ثم ظهر لهم شريك آخر والثاني انها لا تنقض بل يرجع الغريم على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب لان كل واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالاقباض الصادر من اهله في محله فلا يجوز النقض لانه يقتضي ابطال الملك الثابت اما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الآخر فانها غير مملوكة فيستعاد ويضعف بان الملك كان مبنيا على الظاهر من انحصار الحق فيهم وقد تبين خلافه فلا فرق في نفس الامر بين سائر غرمائه فان قيل ذلك انما يتم في الشركاء وهنا لا شركة اذ المال للمفلس نعم يستحقون الايفاء فلا يستحق الغريم الآخر سوى الحصة وما عداها لا حق له فيكون صرفه الى الديون معتبر قلنا هذه وان لم يجعلها شركة حقيقة لكن الايفاء ايضا مشروط ببسط المال على نسبة جميع الغرماء غاية ما فيه انه لم يكن ظاهرا سواهم فصحت ظاهرا فلما تبين من يشاركهم في استيفاء المال لم يصح القسمة الاولى والغريم المتجدد وان لم يستحق سوى الحصة الا

انها شاعت في جميع المال فيمير بغير اذن لأنه لا يصح وكان القول بالقبض اجود وح فلا فرق بين الاقسام السابقة كلها وليس هذا الفسخ الطاري على هذه القسمة مثل فسخ البيع باحد اسبابه لان ذلك الفسخ يبطله من حينه وظهور هذا الغريم ابطلها من رأس وتظهر فائدة القولين في النما المتجدد بعد القسمة فعلى النقض يشارك المتجدد فيه دون الاخر وفيما لو تصرف واحد في مقدار نصيبه فعلى النقض تبين بطلانه دون الاخر وفي وجوب الزكوة ولو بلغ نصيبه نصابا واجتمعت الشروط فعلى النقض تبين سقوطها وعلى الاخر يجب الى غير ذلك من الفوائد **قوله** اذا كان عليه ديون حالة ومؤجلة قسمت امواله على الحالة خاصة ه اى مؤجلة عند القسمة فانه لا يقسم اما لو كانت مؤجلة عند الحجر وحلت عند القسمة شاركت وان كان الحجر في ابتدائه لاجل الحالة ولو حل بعد قسمة القبض شارك في الباقي وضرب بجميع المال وضرب باقي الغرما ببقية ديونهم **قوله** اذا جنى عبد المفلس كان المجني عليه اولى به ولو اراد مولاه فكه كان للغرما منعه ه قد تقدم ان المجني عليه احق بالعبد الجاني من الغرما ومن المرتهن لانحصار حقه في العين بخلافهم وانما يكون احق به مع استيعاب الجناية لقيمته والا استرق منه بقدرها وصرف الباقي الى الغرما وانما يمنع المولى من فكه مع عدم المصلحة في فكه فلو فرضت بان كان كسوبا بثمن مالا في حين القسمة وقيمته باقية فله فكه لمصلحته ولو كان الجاني المفلس كان غريمه اسوة الغرما والفرق بين جنايته وجناية عبده واضح فان المجني عليه في صورة العبد تعلق حقه بعين العبد وهنا تعلق بذمة الجاني وكان كغيره من الغرما وقد تقدم وجه مشاركته لهم في تاخر سببه عن الحجر **قوله**

قوله لا يجوز حبس الغريم مع ظهور اعساره ه عدل عن الضمير المذكور في العنوان العائد الى المفلس الى الاسم الظاهر وهو الغريم للتنبيه على ان هذا الحكم لا يختص بالمفلس بل ياتي في المديون المعسر وانما يحسن العدول لو اشترطنا في صدق التفليس الحجر والا فالمديون المعسر مفلس ايضا **قوله** ويثبت ذلك بموافقة الغريم ه انما يثبت بموافقة الغريم في حق الموافق خاصة فلو تعدد الغرماء وافق بعضهم دون بعض فللمخالف البحث الا ان يكون الموافق متعددا عدلا فيثبت مطلقا **قوله** او قيام البينة ه نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جعل قيام البينة بالاعسار غير مانع من حبسه مدة يغلب على ظن الحاكم انه لو كان له مال لظهر وسياتي الكلام على شرائط البينة وكيفية شهادتها **قوله** فان تناكرا او كان له مال ظاهر امر بالتسليم فان امتنع فالحاكم بالخيار بين حبسه حتى يوفي وبين بيع امواله وقسمتها بين غرمائه ه اى لو تناكر الغريم والمديون في الاعسار بان ادعاه المديون وانكره الغريم ومع ذلك فتفريع ظهور المال عليه منافر والحاصل انه مع عدم ايفاء المديون دينه وظهور مال له يامره الحاكم بالوفاء فان امتنع منه تخير بين حبسه واهانته الى ان يوفي وبين ان يوفي بنفسه فان كان له مال من جنس الحق صرفه فيه وان كان مخالفا باعه واوفى ويحل لصاحب الدين الاغلاظ له في القول بان يقول له يا ظالم ونحوه قال صلى الله عليه وآله وسلم لي الواجد يحل عقوبته وعرضه واللي المطل والعقوبة الحبس والعرض الاغلاظ له في القول فان اصر على ذلك جاز للحاكم ضربه **قوله** لو لم يكن له مال ظاهر وادعى الاعسار فان وجد البينة قضى بها وان عدمها وكان له اصل مال او كان اصل الدعوى مالا حبس حتى يثبت اعساره ه المراد انه كان قبل الان وادعى الان تلفه والمراد بكون اصل الدعوى مالا ان غريمه الذي قد اثبت دينه دفع

اليه في مقابلته مالا بان باعه سلعة وهو يطالب بثمنها او اقرضه مالا ونحو ذلك والمديون يدعي تلفه او ينكر وصوله اليه مع قيام البينة به فانه ح يحبس حتى يثبت اعساره لان الاصل المال بقاء ذلك المال في يده وظاهر العبارة كغيره انه مع ذلك يحبس بمجرد ثبوت الدين وامتناعه من ايفائه وفي التذكرة انه اذا لم تكن له بينة بذلك تحلف الغرماء على عدم التلف فاذا حلفوا حبس **قوله** واذا شهدت البينة بتلف امواله قضي بها ولم يكلف اليمين ولو لم تكن البينة مطلعة على باطن امره اما لو شهدت بالاعسار مطلقا لم يقبل حتى تكون مطلعة على اموره بالصحبة المؤكدة ه اذا شهدت البينة للمديون بالاعسار فاما ان يكون مستند شهادتها علمها بتلف ماله واطلاعها على حاله فان كان الاول بان شهد الشاهدان على تلف امواله قبلت وان لم تكن مطلعة على باطن امره لان الشهادة بذلك على الاثبات المحض وثبوت تلف ماله يحصل الغرض من فقره وان شهدت باعساره مطلقا اى من غير تعرض لتلف امواله فلا بد في ذلك من كون الشاهدين لهما صحبة مؤكدة مع المشهود له ومعاشرة كثيرة بحيث يطلعان بها على باطن امره غالبا فان الاموال قد يخفى ولا يعرف تفصيلها الا بامثال ذلك وانما اعتبر هنا ذلك دون ما لو شهدا بتلف ماله لان مرجع هذه الشهادة الى الشهادة على النفي فان معنى اعساره انه لا مال له ومن حق الشهادة على النفي ان لا يقبل حتى ذهب بعض العامة الى عدم قبولها هنا لذلك وانما قبلت عندنا وعند اكثر من خالفنا بضبطها على وجه يلحقها بالاثبات بان يكون من اهل الخبرة بحاله لكثرة خلطته وطول مجاورته حتى اطلعت على باطن امره وشهدت مع ذلك باثبات يتضمن النفي لا على النفي الصرف بان يقول انه معسر لا يملك الا قوت يومه وثياب بدنه ونحو ذلك فاذا لم تكن مطلعة على الوجه المذكور جاز ان يستند في اعساره الى ظاهر حاله

حاله ومع ذلك فللغرماء احلافه كما ذكره المص والجماعة لان الاحتمال لا يزول معها راسا ولا صراحة فيها بتلف الاموال فينجبر باليمين بخلاف بينة الاثبات فانه لا يكلف باليمين كما قطع به المص وتبعه عليه العلامة في غير التذكرة اما فيها فعكس الحكم واثبت عليه اليمين في بينة التلف دون بينة الاعسار محتجا بان البينة اذا شهدت بالتلف كان كمن ثبت له اصل مال واعترف الغريم بتلفه وادعى مالا غيره فانه يلزمه اليمين وافتى في موضع اخر منها بانه لا يمين في الموضعين محتجا بان فيه تكذيبا للشهود ولقوله صلى الله عليه وآله البينة على المدعي واليمين على المنكر والتفصيل قاطع للشركة هذا خلاصة ما ذكروه من الحكم وغاية ما تقرر من الفرق بين الموضعين واقول ان تلخيص الحكم في ذلك لا يخلو من اشكال والفرق لا يخلو من نظر وذلك لان شهود تلف ماله اما ان يكون شهادتهم على تلف المال الظاهر لهم من غير معرفة لهم بحال باطن بحيث يحتمل ان يكون له مال اخر لم يتلف كما هو الظاهر من قول الجماعة وتعليلهم المسئلة وتصريحهم بعدم اعتبار كونهم من اهل الخبرة بحاله ويشكل مع هذا ثبوت اعساره لان حاله بالنسبة الى المال باطنا مجهول مطلقا حتى لو فرضنا ان هذا المال الظاهر لم يكن له ما ينافي ثبوت ماليته باطنا والحال انه لم يختبر وان ارادوا بعدم اعتبار اطلاعهم على باطن امره ان الحاكم لا يعتبر اطلاعه على ذلك مع ان اطلاعهم معتبر في نفس الامر اتكالا على عدالتهم الايجابية في شهادتهم كما صرح بهذا المعنى بعض الاصحاب اشكل الفرق بين الامرين لان ذلك آت في الشهادة على مطلق الاعسار وتحويلها نحو الاثبات لئلا يتمحض النفي غير متوقف على هذا الشرط فان مرجعه الى تحرير شهادتهم لا الى علمنا باخبارهم وحكم اليمين متفرع على ما قررناه فان اكتفينا في بينة التلف بالاطلاع على ظاهر حاله فلا بد من القول باليمين لانه يصير بهذه البينة كمن لم يعلم له اصل مال مع احتماله ويتوجه عدم الافتقار

الى اليمين فى بينة الاعسار المطلقة على الحال لان ذلك اقصى ما يمكن اعتباره شرعا فى
التفحص فلا يكلف مع البينة امرا آخر لاصالة البراءة وظاهر الخبر وان اعتبرنا
اعتبار بينة التلف على باطن امره كما ذكره بعضهم توجه عدم اعتبار اليمين معها
لما ذكرناه ويمكن ان يوجه كلام الجماعة الدال على عدم اعتبار الخبرة الباطنة فى
شهادة التلف لا بالنظر الى الحاكم ولا بالنظر الى الشهود فان هذا المديون لما كان
يعرف له اصل مال ولو بكون الدعوى كذلك فلا بد لهذا المال الثابت ظاهرا
من امر يدفعه فاذا شهدوا بتلف امواله التى يطلعون عليها فقد علم الانتقال عن
ذلك الاصل الباقى فى المال وان امكن بقا بعضه الا انه غير معلوم والتكليف انما هو
بالظاهر بخلاف ما اذا شهدوا باعساره فان المراد انهم لم يطلعوا على ماله وهذا
لا يدفع ذلك الاصل الذى هو بقاء المال السابق بوجه فلا بد مع ذلك من الخبرة
الباطنة والعشرة المتأكدة ليحصل الظن بتلف ذلك المال وانما حصل بذلك فظهر
الفرق بين الحالين ويوجه به ايضا ما اختاره من ثبوت اليمين فى الاول دون
الثانى لان الاول لا يدفع المال الباطنى يقينا ولا ظنا لعدم الاطلاع عليه بخلاف
الثانى لان كثرة ملابسته ومجاورته والاطلاع على الصبر على ما لا يصبر عليه من يكون
بيده مال عادة يفيد الظن الغالب بعدم المال فلا يتجه مع ذلك انضمام اليمين
الى البينة نعم لو ادعى الغريم وجود مال مخصوص للمديون واعترف بعدم غيره فشهد
الشهود بتلفه لم يجب اليمين فى الاول ايضا ولم يعتبر اطلاع الشهود على باطن امره
الا ان هذه مادة مخصوصة والمسئلة اعم منها والظاهر من عبارة الاصحاب وغيرهم
فى هذه المسئلة هو ما وجهناه اخيرا من ان شهود التلف لا يعتبر اطلاعهم على حاله
فى انفسهم ولا عند الحاكم بخلاف شهود الاعسار ووجهه ما بيناه لكن المحقق الشيخ على
رحمه الله قرر كلامهم على ما نقلناه من الوجه وهو ان المراد عدم علم الحاكم باطلاعهم مع

مع اشتراطه فى نفس الامر فحصل الالتباس فى الفرق على تقريره ونفى اليمين فى الاول و
اثباتها فى الثانى على تقريرهم فان الاطلاع على باطن امره ان كان معتبرا فيهما فاما
ان يقال باشتراط علم الحاكم به ايضا فيهما او نفيه فيهما اتكالا على العدالة والفرق
ليس بجيد وان لم يطلعوا على باطن امره فى التلف على ما ذكروه يكون اثبات اليمين
فيه اوجه من الآخر كما ذكره فى التذكرة دون العكس لان الخبرة الباطنة افادت
ظنا قويا مضافا الى البينة بعدم المال ومختار التذكرة فى اثبات اليمين فى الاول
دون الثانى اجود واعلم ان الخبرة المعتبرة فى شهود الاعسار ان
اطلع الحاكم عليها فلا كلام والا ففى الاكتفاء بقولهم له انه بهذه الصفة وجه قوى
وقطع به فى التذكرة وقد عرفت انه يعتبر كونها على الاثبات المتضمن للنفى لان
الشهادة على النفى الصرف غير مسموعة لانه غير محصور وهو آت فى جميع الشهادات
التى على هذا النهج وقد تقدم منها الشهادة على عدم اخراج المالك الزكوة ومنها
الشهادة على نفى البيع والقرض ونحوهما من العقود فانه لا يكفى قولهم ما باعه كذا
او ما اقرضه ونحو ذلك بل لا بد من حصره على وجه مضبوط بان يدعى الخصم انه
باعه يوم كذا عند الزوال فى موضع كذا فيشهد الشاهدان انه ما باعه فى ذلك الوقت
لانه كان فى ذلك الوقت فى مكان آخر او فى كلام آخر ونحو ذلك وكل ما ادعى عليه
قتلا فى وقت معين فيشهد الشاهدان انه فى ذلك الوقت كان ساكن الاعضاء
او فى مكان آخر بعيد عن المقتول ونحو ذلك وكما لو ادعى المولى عليه بعد زوال
الولاية ان الولى باع المصلحة فلا يكفى شهادة الشاهدين بذلك لعدم الحصر فى هذا
النفى بل لا بد من بيانه على وجه محصور بان يدعى الولى حاجته الى النفقة فيشهد
الشاهدان بغناه بسبب كذا او يدعى الولى خوف التلف عليه من وجه فيشهد
الشاهدان بانتفاء ذلك الوجه الخاص بوجه مضبوط ونحو ذلك مما لا ينحصر والمرجع

فيه الى اعتبار انضباط النفى وحصره بالاعتبارات الثبوتية **قوله** وان لم يعلم
له اصل مال وادعى الاعسار قبلت دعواه ولا يكلف البينة وللغرماء مطالبته
باليمين ه المراد هنا باصل المال ما يشمل على كون الدعوى مالا ليتم الحكم بقبول قوله
فلا يكون الاصل السابق نفى قسيميه بل اعم منه والحاصل انه متى لم يعرف له
مال قديم ولا كان اصل الدعوى مالا بان كان مالها اجرة عمل او عوض تلاف
او ارش جناية ونحو ذلك قبل قول المديون فى عدم المال بغير بينة لانه منكر له
والاصل عدمه خلافا لبعض العامة حيث منع من قبوله الا مع البينة كالسابق
بناء على ان الظاهر من حال الحر انه يملك شيئا قل ام كثر **قوله** واذا قسم
المال بين الغرماء وجب اطلاقه ه اى اطلاقه من الحبس ان كان محبوسا
ولا يختص ذلك بالمفلس كاكثر الاحكام السابقة واما اطلاق المحجور من الحجر
بمعنى فك حجره فسياتى الكلام فيه **قوله** وهل يزول الحجر عنه بمجرد الاداء او يفتقر
الى حكم الحاكم الاولى انه يزول بالاداء لزوال سببه ه ضمير عنه يعود الى المفلس
المحجور عليه وفيه تشويش للضماير كما قد عرفت والاولى ان يعود الضمير الى المحدث
عنه سابقا الى المفلس المدلول عليه بالقيام المعقود له الباب فان دخول غيره
بالعرض وما رجحه المص هو الاقوى لان الحجر عليه انما كان لحق الغرماء ليقتسموا
امواله الموجودة وقد حصل ووجه توقفه على حكم الحاكم انه لم يثبت الا باثباته
فلا يرتفع الا برفعه كالسفيه ولانه حجر يحتاج الى نظر واجتهاد كحجر السفيه والملازمة
ممنوعة لما بيناه من زوال المعنى المقتضى له بخلاف السفيه فانه لا يعلم زواله
الا بالاختبار المستند الى الحاكم هذا كله مع اعتراف الغرماء بانه لا مال له سواه
او عدم تعرضهم او بعضهم لغيره فلو ادعوا او بعضهم عليه مالا آخر ففيه التفصيل السابق والله الموفق

كتاب الحجر

قوله الحجر هو المنع

المنع والمحجور شرعا هو الممنوع من التصرف فى ماله ه ذكر المص رحمه الله للحجر تعريفين لغوى
وشرعى ففى اللغة هو المنع والتضييق ومنه سمى الحرام حجرا لما فيه من المنع قال
الله تعالى ويقولون حجرا محجورا اى حراما محرما وسمى العقل حجرا لانه يمنع صاحبه
من ارتكاب القبيح وما يضر عاقبته قال الله تعالى هل فى ذلك قسم لذى حجر
وعرفه شرعا بانه الممنوع من التصرف فى ماله والمراد مطلق التصرف اعم من
كونه فى جميع المال وبعضه فيشمل الحجر على الصبى ونحوه ممن يمنع من الجميع والحجر
على المريض الذى يمنع من التصرف فى بعض المال فلا يرد ما قيل انه ان اراد
التصرف فى الجميع ورد كذا او فى البعض ورد كذا فان التصرف فى العبارة جنس
يصلح للجميع والبعض ومثله القول فى ماله فانه مفرد مضاف لا يدل على العموم ولكن
يصلح لارادته فيشمل من منع من التصرف فى جميعه كالصبى وفى بعضه كالمريض
ومذهب المص ان العبد يملك وان كان محجورا عليه كما سلف فى البيع فيدخل
فى التعريف وانما يرد النقض به على من لا يقول بملكه وبما قررناه سقط ما اورد
عليه ايضا من انه ان اراد جميع المال خرج المريض وان اراد بعضه خرج الصبى
والمجنون وان العبد خارج لانه لا يملك شيئا وكذلك ظهر جواب ما قيل من ان
احدا لا يمنع من التصرف فى ماله بالاكل والشرب ونحوهما من الامور الضرورية
فانه ليس فى التعريف ما يدل على التعميم او التخصيص بل من صدق عليه المنع
من التصرف فى ماله على اى وجه كان فهو محجور عليه نعم ربما ينتقض فى طرده
بالممنوع من التصرف فيه لغصب ونحوه فانه لا يسمى محجورا عليه شرعا فلو اضاف
اليه ما يدل على المنع الشرعى كان حسنا واعلم انه عرف المفلس بهذا التعريف
مع انه اخص منه فقد تجوز فى تشريكهما فيه **قوله** فى موجباته وهى ستة ه
حصر اسبابه فى الستة المذكورة جعلى لا استقرائى ولا اما سواه وقد جرت

عادة الفقهاء بالبحث عن هذه الستة وعقد الباب لها وبقي اقسام كثيرة سواها
تتناولها التعريف ولا يذكرونها كالحجر على الراهن وعلى المشتري فيما اشتراه
قبل دفع الثمن وعلى البائع في الثمن المعين وعلى المكاتب في كسبه لغير الادا
والنفقة وعلى المرتد الذي مسوغ عوده وغير ذلك مما هو مذكور في
تضاعيف الفقه ومرجع الصور الى قسمين من يحجر عليه لحق نفسه
ومن يحجر عليه لحق غيره فالاول الصبي والمجنون والسفيه والثاني
الباقي ثم الحجر اما عام في ساير التصرفات او خاص ببعضها والاول اما
ان يكون ذا غاية يزول سببه فيها اولا والاول الصغر والثاني الجنون
والخاص اما ان يكون الحجر فيه مقصورا على مصلحة المحجور اولا والاول
السفيه والثاني اما ان يكون موقوفا على حكم الحاكم اولا والاول المفلس
والثاني المريض وباقي الاسباب يعرف بالمقايسة قوله ويعلم بلوغه بالانبات
للشعر الخشن على العانة ه احترز بالخشن عن الشعر الضعيف الذي ينبت
قبل الخشن ثم يزول ويعبر عنه بالزغب وبشعر العانة عن غيره كشعر الابط
والشارب واللحية فلا عبرة بها عندنا وان كان الاغلب تاخرها عن البلوغ
اذ لم يثبت كون ذلك دليلا شرعا خلافا لبعض العامة واستقرب في التحرير
كون نبات اللحية دليلا دون غيره من الشعور والعادة قاضية به ولا شبهة
في كون شعر العانة علامة على البلوغ انما الكلام في كونه نفسه بلوغا او دليلا
على سبق البلوغ والمشهور الثاني لتعليق الاحكام في الكتاب والسنة على
الحلم والاحتلام فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يخص غيره بذلك ولان
البلوغ غير مكتسب والانبات قد يكتسب بالدواء ولحصوله على التدريج والبلوغ
لا يكون كذلك ووجه الاول ترتب احكام البلوغ عليه وهو اعم من الدعوى ذلك

قوله سواء كان مسلما او كافرا ه نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث
خصه بالكافر نظرا الى انه لا يمكن الرجوع اليهم في الاخبار بالسن والاحتلام
بخلاف المسلم وربما نسب هذا القول الى الشيخ قوله وخروج المني الذي
يكون منه الولد من الموضع المعتاد كيف كان ه اشتملت هذه الجملة
على ثلثة احكام تخصيص للمني الموجب للبلوغ وتعميم احدها كونه ما يكون منه الولد
وظاهر العبارة ان التي تنقسم قسمين ما يكون منه الولد وما لا يكون وان
البلوغ لا يتحقق الا بالاول وقد فهم هذا المعنى جماعة وفي حاشية الشهيد
رحمه الله على القواعد نقلا عن بعض العلما يعلم المني الذي منه الولد مما ليس
منه بان يوضع في الماء فان طفا فليس منه الولد وان رسب فمنه الولد و
الظاهر ان هذا المعنى فاسد بل المعتبر في البلوغ خروج المني مطلقا سوا
صلح لتخلق الولد بحسب شخصه ام لا لاطلاق النصوص الدالة على ذلك
المتناولة لمحل النزاع والوجه في هذه الصفة انها كاشفة لا مقيدة والمراد
ان المني هو الذي من شانه ان يخلق منه الولد وان تخلف في بعض الافراد
لعارض وفي بعض العبارات منها التذكرة خروج الماء الذي منه الولد
وهو جيد والصفة فيه مقيدة فان الماء شامل فعدل المص وتبعه العلامة
الى المني ووصفه بذلك ولا بد فيها ايضا من ارادة المعنى الذي ذكرناه من
كون المراد ما من شانه ذلك لئلا يفهم منه اشتراط كونه بالفعل وثانيها
كونه من الموضع المعتاد وانما اعتبر ذلك مع اطلاق الادلة لوجوب
حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف خصوصا وفي بعضها
بلوغ النكاح وانما يكون من المعتاد فلو خرج من جرح ونحوه لم تعتد به
ومنه ما لو خرج من احد فرجي الخنثى وثالثها انه لا يختص بحالة بل كيف

خرج ليلا ونهارا يقظة ونوما بجماع وغيره حكم به لقوله تعالى فاذا بلغ الاطفال
منكم الحلم والحلم خروج المني من الذكر او من قبل المراة مطلقا ولا يختص
بالاحتلام نعم لا بد من كونه في وقت يحتمل البلوغ فيه فلا عبرة بما ينفصل
بصفته قبل ذلك وحده عندنا في جانب القلة في الانثى تسع سنين
واما في جانب الذكر فما وقفت له على حد يعتد به نعم نقل في التذكرة عن
الشافعي ان حده تسع سنين في الذكر والانثى وله فيه وجهان آخران
احدهما مضي ستة اشهر من السنة العاشرة والثاني بتمام العشرة ولا يبعد
ان ما بعد العاشرة محتمل قوله ويشترك في ذلك الذكور والاناث ه
هذا عندنا موضع وفاق وانما نبه على خلاف الشافعي فان له قولا بان
خروج المني من النسا لا يوجب بلوغهن لانه نادر فيهن ساقط العبرة
وفساده واضح واما الخنثى فمشاركهما في الاول ان نبت على فرجيها
معا والا فلا واما خروج المني منها فسياتي حكمه قوله وبالسن وهو
بلوغ خمسة عشرة للذكر وفي رواية اخرى اذا بلغ عشرا وكان بصيرا
او بلغ خمسة اشبار جازت وصيته واقتص منه واقيمت عليه الحدود الكاملة
المشهور بين اصحابنا بل كاد يكون اجماعا هو الاول والمعتبر من السنين القمرية
دون الشمسية لان ذلك هو المعهود في شرعنا ويعتبر اكمال السنة الخامسة عشرة
والتاسعة في الانثى فلا يكفي الطعن فيها عملا بالاستصحاب وفتوى الاصحاب
ولان الداخل في السنة الاخرى لا يسمى ابن خمسة عشرة سنة لغة ولا عرفا
والاكتفا بالطعن فيها وجه للشافعية واما رواية بلوغ العشر في جواز الوصية
فهي صحيحة وفي معناها روايات الا انها لا تقتضي البلوغ بجواز اختصاصه
بهذا الحكم ومن ثم لم تعم واما بلوغ خمسة اشبار فهي في رواية اخرى وان كان المفهوم

المفهوم من العبارة انهما في واحدة ومعنى اقيمت عليه الحدود الكاملة انه
لا ينتقص منها شي لان الصبي اذا فعل ما يوجب الحدود على غيره انما يؤدب
بما لا يبلغ الحد ولنا رواية اخرى ان الاحكام تجرى على الصبيان في
ثلث عشر سنة واربع عشر سنة وان لم يحتلم وليس فيها تصريح بالبلوغ مع
عدم صحة سنده وهذه الرواية قدمها المص في النافع ثم عقبها بقوله وفي
اخرى اذا بلغ عشرا وهنا عبر بالاخرى من غير سبق رواية وليس بجيد
واما الخنثى فلا نص فيها بالخصوص لكن اصالة عدم التكليف والبلوغ
تقتضي استصحاب الحال السابق الى ان يعلم المزيل وهو بلوغ الخمس عشرة
ان لم يحصل قبله امر آخر كما سياتي قوله والانثى بتسع ه هذا هو المشهور
وعليه العمل وقد روي انه يحصل بعشر سنين وذهب ابن الجنيد فيما يفهم من
كلامه الى ان الحجر لا يرتفع عنها الا بالتزويج وهما نادران واطبق مخالفونا
على خلاف ما ذهبنا اليه في المراة وعلى ان بلوغها بالسن لا يكون دون
خمس عشرة سنة وانما اختلفوا فيما زاد قوله اما الحمل والحيض فليسا بلوغا
في حق النسا بل قد يكونان دليلا على سبق البلوغ ه لا خلاف في كونهما
دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف في كونهما بلوغا بانفسهما اما الحيض
فقد علق الشارع احكام المكلف عليه في عدة اخبار كقوله صلى الله عليه واله
لا تقبل صلوة حائض الا بخمار وقوله صلى الله عليه واله اذا بلغت المحيض
لا يصلح ان يرى منها الا هذا واشار الى الوجه والكفين واما الحمل فهو
مسبوق بالانزال لان الولد لا يخلق الا من ماء الرجل وماء المراة كما
نبه عليه تعالى بقوله من نطفة امشاج اي مختلطة ماء الرجل بماء المراة فهو
دليل على سبق البلوغ الا ان الولد لا يتيقن الا بالوضع فاذا وضعت

حكمنا بالبلوغ قبل الوضع بستة اشهر وشئ ان ولدته تاما ولا فرق بين كون
ما ولدته تاما او غير تام اذا علم انه آدمي او مبدأ نشوه كالعلقة اذا تقرر
ذلك فقول المصنف بل قد يكونان دليلا ليس لترددهما في دلالتهما لانهما اجماعية
وانما اتى بقيد التقليلية لانهما مسبوقان غالبا بغيرهما من العلامات
خصوصا فدلالتهما على البلوغ بحيث يتوقف علمه عليهما نادر فناسبه
التقليل ويمكن ان التقليل في الحيض اشارة الى فائدة اخرى هي انه وغيره
من الاصحاب حكموا في باب الحيض بان الدم الحاصل قبل التسع
لا يكون حيضا وان كان بصفته وانما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها
واذا كان كذلك فينتفي فائدة دلالته لانه قبلها لا اعتبار به وبعدها لا تفتقر
اليه ويمكن ان يقال تظهر فائدته في المجهول سنها فانها اذا رأت ما هو
بصفته جامعا للشرائط في القلة والكثرة يحكم بكونه حيضا ويكون دليلا
على سبق البلوغ لان هذا الحكم بكونه قبل التسع مع اقترانه بدلالات
الغالب على ان مثله لا يقع الا بعد التسع بسنين ويتناوله دلالة
النصوص على كون الحيض موجبا للاحكام لانه حيض عرفا ولغة و
فيظهر مناسبة التقليلية هنا ومعنى دلالتهما على سبقه انهما اذا وقعا
يحكم ببلوغ المرأة قبلهما فلو وقعت عقدا قبلهما بلا فصل يحكم بصحته
قوله الخنثى المشكل اذا خرج منيه من الفرجين حكم ببلوغه وان خرج
من احدهما لم يحكم ولو حاض من فرج الاناث وامنى فرج الذكور حكم
ببلوغه لما كان الخنثى المشكل منحصرا في الذكورية والانوثية وانما
اشتبه حكمه في الالحاق باحدهما فمتى حصل له وصف من اوصاف
البلوغ يتحقق فيهما اما للاشتراك بينهما كالانبات او للالحاق الاخر بطريق

بطريق اولى كبلوغ خمسة عشرة او لكونه جامعا للوصفين على التقديرين
كما لو امنى من الفرجين يحكم ببلوغه لانه ان كان ذكرا فقد امنى من
فرجه المعتاد وان كان انثى فكذلك ومثله ما لو امنى من فرج الذكر
بعد مضي تسع وامكان الامناء من الذكر لانه ان كان انثى فقد بلغ بالسن
وان كان ذكرا فقد امنى في وقت امكانه اما لو امنى من احدهما
خاصة فانه لا يحكم ببلوغه لجواز كون ذلك الفرج زائدا فلا يكون معتادا
ومثله ما لو حاض من فرج النساء خاصة هذا هو الذي اختاره اكثر العلماء
ولبعض العامة قول بان ذلك كاف في البلوغ لان خروج المني من
فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا كما يحكم به لو خرج البول منه خاصة وكذا القول
في الحيض والمني من فرج الانثى ولان خروج مني الرجل من المرأة
والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين ومتى ثبت التعيين
كان دليلا على البلوغ ولان خروجهما معا دليل على البلوغ فخروج احدهما
اولى لان خروجهما يفضي الى تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور
ان يجتمع حيض صحيح ومني رجل ونفي في التذكرة الباس عن هذا القول
وهو في محله نعم لو صار ذلك معتادا قويت الدلالة واما حيضه من فرج
الاناث وامناؤه من فرج الذكور فدلالته على البلوغ واضحة لانه اما ذكر
فقد امنى واما انثى فقد حاضت وللعامة قول بعدم ثبوت البلوغ بذلك
لتعارض الخارجين واسقاط كل واحد منهما الاخر ولهذا لا يحكم والحال
هذه بالذكورية ولا بالانوثية فتبطل دلالتهما كالبينتين اذا تعارضتا
وهو وجه في المسألة وفي التذكرة الاقرب دلالتهما على البلوغ وهو
كذلك قوله الرشد وهو ان يكون مصلحا لماله ليس مطلق الاصلاح

وبما قررناه يظهر ما فيه من الخلل ... يمنع من افساد المال ... الوجوه اللائقة بافعال العقلاء ... عرف في القواعد بانه كيفية نفسانية

موجبا للرشد بل الحق ان الرشد ملكة نفسانية تقتضي اصلاح المال و
يمنع من افساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بافعال العقلاء واحترز
بالملكة عن مطلق الكيفية فانها ليست كافية بل لا بد فيها ان تصير ملكة يعسر
زوالها وباقتضائها اصلاح المال عما لو كان غير مفسد له ولكن
لا رغبة له في اصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء فان ذلك غير كاف في
تحقق الرشد ومن ثم يختبر باعتنائه بالاعمال اللائقة بحاله كما سيأتي
ويمتنع من افساده عما لو كان له ملكة الاصلاح والعمل وجمع المال
ولكن ينفقه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله فانه لا يكون رشيدا
ايضا قوله وهل تعتبر العدالة فيه تردد اعتبر الشيخ رحمه الله في تحقق الرشد
اصلاح المال والعدالة فلو كان مصلحا لماله غير عدل في دينه او بالعكس
لم يرتفع عنه الحجر وهو مذهب جماعة من العامة منهم الشافعي واحتجوا
على ذلك بقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقد روي ان شارب
الخمر سفيه فيثبت في غيره اذ لا قائل بالفصل وروي عن ابن عباس في
قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا وهو ان يبلغ ذا وقار وحلم وعقل واكثر
اهل العلم على عدم اعتبارها والاكتفاء باصلاح المال على الوجه الذي
ذكرناه لان المفهوم من الرشد عرفا ذلك وهو المعتبر حيث لم يحد شرعا
ولان الرشد نكرة مثبتة فلا تفيد العموم في كل ما يصلح له بل يصدق في صورة
ما ولا ريب في ثبوته لمصلح ماله وان كان فاسقا ولان الكافر لا يحجر عليه
لكفره فالفاسق اولى وانما تعتبر على القول بها في الابتداء لا في الاستدامة
فلو عرض الفسق بعد العدالة قال الشيخ رحمه الله الاحوط ان يحجر عليه وهو جيد
لازما وعلى هذا يتوجه انها لو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك

ذلك لوجود المقتضي واعلم انه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقم للمسلمين
سوق ولم ينتظم للعالم حال لان الناس الا النادر منهم اما فاسق او
مجهول الحال والجهل بالشرط يقتضي الجهل بالمشروط قوله وكذا لو حصل
الرشد ولو طعن في السن هذا عندنا موضع وفاق ونبه بذلك على
خلاف بعض العامة حيث زعم انه متى بلغ خمسا وعشرين سنة فك
عنه الحجر ودفع اليه ماله وان كان سفيها قوله ويعلم رشده باختباره
بما يلائمه من التصرفات الى قوله وكذا تختبر الصبية ورشدها ان تحفظ
من التبذير وان تعتني بالاستغزال والاستنساج الخ لما كان الرشد
ملكة تقتضي اصلاح المال على الوجه المتقدم فلا بد من اختبار البالغ
قبل فك الحجر عنه ذكرا كان او انثى ليعلم اتصافه بالملكة المذكورة و
انما يتحقق ذلك بتكرر الفعل منه على وجه يصير ملكة له وكيفية الاختبار
ان ينظر فيما يلائمه من التصرفات والاعمال فان كان من اولاد التجار
فوض اليه البيع والشراء لا بمعنى ان يبيع ويشتري بل يماكس في الاموال
على هذا الوجه او يدفع اليه المتاع ليبيعه ويراعي الى ان يتم المساومة
ثم يتولاه الولي ونحو ذلك وسيأتي الكلام فيه فاذا تكرر منه ذلك
وسلم من الغبن والتضييع واتلاف شئ من المال وصرفه في غير وجهه
فهو رشيد وان كان من اولاد الاكابر الذين يصانون عن مباشرة
البيع والشراء فاختباره بما يناسب حال اهله بان يسلم اليه نفقة
لمدة معينة لينفقها في مصالحه او في مواضعها او بان يستوفي الحساب
على معامليهم ونحو ذلك وان كان ممن لا يختبر بهذه الامور لان وضعها
لم يكن لذلك وانما يختبر بما يلائم عادة امثالها من الاعمال كالغزل والخياطة

وشرآء الاتها المعتادة لامثالها بغير غبن وحفظ مال يحصل فى يدها من ذلك وحفظ ما يليه من آلات البيت واسبابه ووضعه على وجهه وصون اطعمة البيت التى تحت يدها عن مثل الهرة والفار ونحو ذلك فاذا تكررت هذه الافعال من المختبر على وجه افاد الملكة ثبت الرشد والا فلا قوله ويثبت الرشد بشهادة الرجال فى الرجال وبشهادة الرجال والنسا فى النساء دفعا للمشقة الاقتصار ه المراد انه يثبت رجلين فيهما وبشهادة اربع نساء فى النساء لان رشد المرأة مما لا يطلع عليه الرجال غالبا فلو اقتصر فى ثبوت رشدهن على شهادة الرجال لزم الحرج والضيق واليه اشار بقوله دفعا للمشقة الاقتصار وكذا يثبت رشدها بشهادة رجل وامرأتين بطريق اولى وبشهادة اربع خناثى قوله اما السفيه فهو الذى يصرف امواله فى غير الاغراض الصحيحة ه السفيه يقابل الرشيد فلما عرف المص الرشيد بانه المصلح لماله عرف السفيه بانه الذى يصرف امواله فى غير الاغراض الصحيحة وقد عرفت ان الرشد لا يكفى فيه ذلك بل لا بد من ملاحظة اصلاح الموجود وتحصيل المعدوم بالوجوه السابقة فيكون السفه ترك ذلك فيتحقق بترك الاستعمال الاعمال التى ينبغى وقوعها من امثاله ولا بد من تقييد صرف المال فى غير الغرض الصحيح بكون ذلك ملكة له بان ذلك من شانه فلا يقدح الغلط والانخداع نادرا لوقوعه من كثير من المتصفين بالرشد والمراد بالاغراض الصحيحة ما لا يلائم تصرفات العقلاء غالبا كتضييع المال واحتمال الغبن الفاحش فى المعاملات والانفاق فى المحرمات وصرف المال فى الاطعمة النفيسة التى لا تليق بحاله بحسب وقته وبلده وشرفه وضعته ومثله شرآء الامتعة الفاخرة

الفاخرة واللباس كذلك ونحوه واما صرفه فى وجوه الخير كالصدقات وبناء المساجد والمدارس واقرا الضيف فان كان لائقا به عادة لم يكن سفها قطعا وان زاد على ذلك فالمشهور انه كذلك اذ لا سرف فى الخير كما لا خير فى السرف وفى التذكرة ان ما زاد منه على ما يليق به تبذير لانه اتلاف فى المال وقال تعالى ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط وهو مطلق فيتناول محل النزاع لكنه لا يدل على مطلوبه لان الحكم بكونه تبذيرا يقتضى فساد التصرف والنهى لا يقتضيه ومن المستفيض خروج جماعة من اكابر الصحابة وبعض الائمة كالحسن عليه السلام من اموالهم فى الخير اللهم الا ان يمنع من كون ذلك لا يليق بهم والكلام انما هو فى ذلك كما لو صرف التاجر امواله كلها فى عمارة المساجد وفك الرقاب ونحو ذلك كما مثل به المانع منه قوله فلو باع والحال هذه لم يمض بيعه وكذا لو وهب او اقر بمال ه الضابط انه يمنع من جميع التصرفات المالية فى ذلك ما ذكر وغيره ولا فرق بين ما ناسب افعال العقلاء وغيره ولا بين الذكر والانثى قوله نعم يصح طلاقه وظهاره وخلعه واقراره بالنسب وبما يوجب القصاص ه اذ المقتضى للحجر صيانة المال وهذه الامور لا مال يضيع عليه فيها اما الطلاق والظهار فظاهر اذ ليس فيهما الا فوات الاستمتاع ولو فاء المظاهر كفر بالصوم اما الخلع ففيه كسب للمال فاولى بعدم المنع ولا فرق بين كونه بمهر المثل ودونه لجواز طلاقه بغير شىء فمهما كان من العوض اولى ويحتمل المنع بدونه اجراء له مجرى المعاوضة كالبيع بدون ثمن المثل والفرق واضح واما الاقرار بالنسب فان لم يوجب النفقة فقبوله واضح وان اوجبها احتمل من حيث استلزامه لوجوبها فينبغى ان لا ينفذ لانه تصرف فى المال ويندفع

بان الاقرار يتضمن شيئين احدهما الحاق النسب وهو ليس بمال فيجب ان يثبت والثانى الانفاق عليه وهو تصرف مالى فلا يثبت وان كان احدهما لا ينفك عن الآخر غالبا الا ان تلازمهما غير معلوم ومثله فى الاقرار بمتلازمين غالبا وثبوت احدهما دون الاخر كالاقرار بالسرقة مرة واحدة من الحرز فانه يثبت به المال دون القطع وبالعكس لو اقر هذا السفيه بالسرقة فانه يقبل فى القطع دون المال وح ينفق على من استلحقه من بيت المال لانه معد لمصالح المسلمين وهذا منها وللشهيد رحمه الله قول بانه ينفق عليه من ماله لانه فرع على ثبوت النسب ولان فى الانفاق عليه من بيت المال اضرار بالمسلمين فكما يمنع من الاضرار بماله كذلك يمنع من الاضرار بغيره ويضعف بان الاقرار انما ينفذ فيما يتعلق بالمال كما قدمناه وبيت المال معد لمصالح المسلمين فكيف يتعالى ان مثل ذلك يضر بهم اذ ذلك آت فى كل ما ياخذ منه حراء ولانه لو قبل فى النفقة لا يمكن فعله له وسيلة الى ان يضيع المال لان ذلك من مقتضيات السفه واما اقراره بما يوجب القصاص فان لم يستلزم فوات النفس الزم به لانه مكلف عاقل ولا خلاف فيه وكذا ان كان فى نفس وطلب المقر له القصاص اما لو طلب المال ففى اجابته اليه نظر من وجوب حفظ النفس التى هى اولى من حفظ المال ومن انه مفوت للغرض من الحجر لامكان ان يتواطى مع المقر له على ذلك ليفوت المال والاقوى وجوب المال قوله ولو وكله اجنبى فى بيع او هبة جاز لان السفه لم يسلبه اهلية التصرف ه اى لم يسلبه اهلية التصرف مطلقا وانما سلبه اهلية فى المال خاصة وايقاع صيغة العقد ليس منه فاللام فى التصرف اما للعموم بناء على ان المفرد

المفرد المحلى يفيد العموم او اراد العموم بضرب من المجاز ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث منع من تصرفه بذلك قوله وان اذن له الولى فى النكاح جاز ه انما يجوز الاذن له فيه اذا عينه على وجه يؤمن معه من اتلاف المال بان يعين الزوجة والمهر مع احتمال الاكتفا بتعيين الزوجة وانصراف اطلاق الاذن الى كونه بمهر المثل الا ان الاول انسب بالغرض من الحجر ولا يخفى ان جواز ذلك من الولى مشروط بالمصلحة كما اشعر به بل هنا اولى وكذا القول فيما لو اذن له فى غيره من التصرفات المضبوطة كبيع الشىء الفلانى بكذا فلو اطلق له الاذن كان لغوا لاستلزامه فوات الغرض من الحجر عليه قوله ولو باع فاجاز الولى فالوجه الجواز للامن من الانخداع ه الوجه هو الوجه لما ذكره من الوجه وخالف فى ذلك الشيخ رحمه الله وجماعة فحكموا بعدم صحة تصرفه وان اذن له الولى فضلا عن اجازته له قوله والمملوك ممنوع من التصرف الا باذن المولى ه لا فرق فى المنع من تصرفه بدون اذنه بين ان يقول بملكه وعدمه ويستثنى من المنع من تصرفه طلاقه فيجوز بدون اذن مولاه بل وان كره لان الطلاق بيد من اخذ بالساق واستثنى فى التذكرة ايضا ضمانه لانه تصرف فى الذمة لا فى العين ثم ان علم المضمون له بعبوديته قبل الضمان فلا رجوع له والا فله الرجوع لاعساره وسيأتى الكلام فيه قوله والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث اجماعا ما لم يجز الورثة ه اى ممنوع من ايقاعها على وجه النفوذ بدون اجازة الورثة لا انها تقع باطلة فى نفسها والحاصل ان وصيته بما زاد يكون موقوفة على اجازتهم فان اجازوها صحت والا بطلت وهذا هو المشهور بل المذهب خلافا لعلى بن بابويه فانه اجاز وصيته بجميع ماله استنادا الى رواية قاصرة وحملت على من لا وارث له وعلى ما اذا اجاز الورثة قوله وفى منعه من التبرعات المنجزة

الزايدة عن الثلث خلاف بيننا والوجه المنع ه احترز بالتبرعات عن المعاوضات
في مرض الموت كالبيع فانه يصح ان وقع بثمن المثل ولو اشتمل على محاباة فهي من
جملة التبرعات والمنجزة المعجلة في حال الحيوة كالهبة والعتق والمحاباة في الثمن
وتزويج المرأة نفسها بدون مهر المثل واجارة نفسها كذلك وفي وقوع هذه و
شبهها من اصل المال او من الثلث قولان احدهما انها من الاصل ذهب
اليه جماعة من المتقدمين منهم المفيد والشيخ في احد قوليه وابن ادريس لانه مالك
تصرف في ملكه فكان ماضيا كما لو تصرف صحيحا وعليه شواهد من الاخبار الا
ان في طريقها عمار وسماعة وهما فاسدا الرأي لكنهما ثقتان والثاني انها من
الثلث ذهب اليه جماعة من المتقدمين منهم الصدوق والشيخ في احد قوليه
واختاره عامة المتاخرين ومنهم المص رحمه الله وهو الاقوى للنصوص الكثيرة الدالة
عليه بعضها بالمفهوم وبعضها بالمنطوق واستثني منه مواضع تأتي ان شاء الله تعالى
واعلم ان المص بعد حصره اسباب الحجر في الستة ذكر منها اربعة وقد تقدم
ذكر الفلس وترك البحث عن المجنون ولقد كان الاولى ذكره كغيره ولعله تركه لقلة مباحثه
الا انه غير كاف وسيأتي لم ذكر بسير لا يغني **قوله** لا يثبت حجر المفلس الا بحكم الحاكم وهل يثبت في
السفيه بظهور سفهه فيه تردد والوجه انه لا يثبت وكذا لا يزول الا بحكمه ه لا خلاف في توقف الحجر على
المفلس على حكم الحاكم وفي توقف رفعه على حكمه خلاف سبق واما السفيه ففي توقف الحجر عليه على حكم الحاكم
او الاكتفاء بظهور سفهه قولان وكذا اختلف في ارتفاعه بزوال سفهه او توقفه على الحكم ووجه التوقف
عليهما وهو الذي اختاره المص ان الحجر حكم شرعي لا يثبت ولا يزول الا بدليل شرعي وان السفه
امر خفي والانظار فيه تختلف فناسب كونه منوطا بنظر الحاكم ووجه عدم التوقف فيهما ان المقتضي
للحجر هو السفه فيجب تحققه عند تحققه واذا ارتفع زال المقتضي فيجب ان يزول الحجر والظاهر قوله تعالى فان آنستم
منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم حيث علق الامر بالدفع على ايناس الرشد فلو توقف معه على امر آخر لم يكن

نفع مر

منها مر

الفصل الثاني في احكام الحجر

فان مر

الشرط صحيحا ومفهوم الشرط حجة عند المحققين والمفهوم هنا انه مع عدم ايناس الرشد لا يدفع اليهم فدل على ان
وجود السفه والرشد متطابقان والظاهر قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها الآية اثبت
عليه الولاية بمجرد السفه فتوقفها على امر آخر يحتاج الى دليل والآية الاخرى تساق لرفعه كما مر وهذا
هو الاقوى وفي المسئلة قولان اخران احدهما عدم توقف ثبوته على حكمه وتوقف رفعه عليه وهو
اختيار الشهيد في اللمعة والثاني عكسه قيل انه به قائل ولا نعلمه نعم في التحرير جزم بتوقف الثبوت على حكمه وتوقف
في الزوال **قوله** اذا حجر عليه فبايعه انسان كان البيع باطلا فان كان المبيع موجودا استعاده البايع
وان تلف وقبضه باذن صاحبه كان تالفا وان فك حجره ه لا فرق في جواز استعادته مع وجوده بين كون البايع
عالما بحاله وجاهلا لان البيع في نفسه باطل فله الرجوع في ماله متى وجده واما اذا تلف فلا يخ اما ان يكون
قد قبضه باذن صاحبه او بغير اذنه وعلى التقديرين اما ان يكون البايع عالما او جاهلا فان كان قبضه
باذن صاحبه كان تالفا لانه سلطه على اتلافه مع كونه سفيها ووجود السفه مانع من ثبوت العوض وقوله
وان فك حجره وصلي لما قبله لانه اذا لم يلزم حال الاتلاف لا يلزم بعد الفك وهذا كله في العالم ظاهر اما الجاهل
بحاله فاطلاق المص يشمله ووجهه ان البايع قصر في معاملته قبل اختبار حاله وعلمه بان العوض المبذول منه
ثابت ام لا فهو مضيع لماله ونقل في التذكرة عن بعض الشافعية ان السفيه اذا اتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع
الحجر قال ولا بأس به وان كان السفيه قبض المبيع بغير اذن صاحبه واتلفه ضمنه مطلقا لان البيع الفاسد
لا يقتضي الاذن في القبض فيكون متصرفا في مال الغير بغير اذنه فيضمنه كما لو اتلف مالا او غصبه بغير اذن مالكه
قوله ولو اودعه وديعة فاتلفها ففيه تردد والوجه انه لا يضمن ه وجه عدم الضمان تفريط المودع باعطائه وقد نهى
الله تعالى عنه بقوله ولا تؤتوا السفهاء اموالكم فيكون بمنزلة من القى ماله في البحر وقيل يضمن ان اتلفها او
تلفت بتفريطه لان المالك لم يسلطه على الاتلاف وانما امره بالحفظ فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار صاحبها
كالو غصبه والحال ان السفيه بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغير الا بسبب مع ان وضع اليد حال الاتلاف
غصب وهذا هو الاقوى واختاره في التذكرة وهو ظاهر القواعد وفي الوديعة العارية والصبي والمجنون
حكمهما فيما يقبض مضمونا كالبيع والقرض والغصب واتلاف المال بغير اختيار المالك كان حكم السفيه

وزوالها كما فيما في اثبات الحجر ورفعه لا السفه مر

بحكمه

حكم

لا لو لا

اتلافهما مر

واما الوديعة والعارية اذا اتلفت بتفريطهما او اتلفاها ففي ضمانهما قولان اجودهما ذلك في الثاني دون الاول
اما الاول فلان الضمان باعتبار الاهمال انما ثبت حيث يجب الحفظ والوجوب من باب خطاب الشرع
المتعلق بافعال المكلفين فلا يتعلق بالصبي والمجنون ولا يرد المعارضة بقوله صلى الله عليه وآله على اليد
ما اخذت حتى تؤدي فان مفهومه على الوجوب والتكليف بالرد وهو منفي عنهما واما الثاني فان اتلاف
مال الغير مع عدم الاذن فيه سبب في ضمانه والاسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف
ومنه يعلم ضمان ما يتلفانه من مال الغير بغير اذنه **قوله** لو فك حجره ثم عاد مبذرا حجر عليه ولو زال فك حجره
وهكذا ابدا ه لما كان السفه علة الحكم بالحجر اما بنفسه او بحكم الحاكم على ما مر كان وجود العلة يقتضي وجود
المعلول ورفعها رفعه من غير فرق بين المرة والمرات وهذا مما لا خلاف فيه نعم في خصوصية ذكره
فائدة اخرى وهي ان علة الحجر اولا لما قيل انها مركبة من الفسق والسفه فلا يزول الحجر الا برفعهما معا بالرشد
والعدالة على ذلك القول واما بعد ارتفاعهما فلا تبقى العلة للحجر الا التبذير خاصة فعوده يعيد الحجر وارتفاعه
برفعه من غير اعتبار العدالة هنا على القولين كما حققناه سابقا فلذا اطلق المص ان مجرد عود التبذير
يوجب الحجر ومجرد رفعه برفعه وهكذا **قوله** الولاية في مال الطفل والمجنون للاب والجد للاب
فان لم يكونا فللوصي فان لم يكن فللحاكم ه لا خلاف في كون الولاية عليهما للاب والجد له وان علا
وانما الكلام في انهما اذا تعارضا واوقعا العقد دفعة فهل يقع باطلا لاستحالة الترجيح او يقدم عقد
الجد او عقد الاب الذي اختاره في التذكرة في هذا الباب هو الثاني والكلام في المال كما في التزويج
فسيأتي وفي كتاب الوصايا من التذكرة قال ان ولاية الاب متقدمة على ولاية الجد وولاية الجد
متقدمة على ولاية الوصي للاب والوصي للاب والجد اولى من الحاكم ومقتضى قول المص انه لم يكونا
فللوصي ان وصي الاب لا حكم له مع الجد كما في التذكرة وهو كذلك وان علا الجد ويأتي في ترتب الاجداد
للاب او اشتراكهم مع وجود الاعلى والادنى ما مر في الاب والجد من الخلاف ولو جعل الاب
او الجد للوصي ان يوصي او جوزنا للوصي ذلك وان لم ينص له فحكم وصيته حكمه فيقدم وصي الوصي
وان تعدد على الحاكم والمراد بالحاكم حيث يطلق في باب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى اجماعا وقوله

وجه

الواب مر

قوله اما السفيه والمفلس فالولاية في مالهما للحاكم لا غير ه اما المفلس فظاهر واما السفيه فاطلاق المص
يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد ومن بلغ رشيدا وهو اشهر القولين في المسئلة ووجهه على ما اختاره
سابقا من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ورفعه عليه ظاهر لكون النظر حينئذ اليه وقيل ان بلغ سفيها فالولاية
للاب والجد ثم وصي احدهما ثم الحاكم كالصبي وان بلغ رشيدا ثم تجدد سفهه فامره الى الحاكم دونهما وهو
اجود استصحابا للحكم ولا يتهما في الاول وارتفاعها في الثاني فيحتاج عودها الى دليل والحاكم ولي عام
لا يحتاج الى دليل نعم يختلف اذا اقدم عليه غيره وقد اتفق هنا **قوله** اذا احرم بحجة واجبة لم يمنع مما يحتاج اليه
في الاتيان بالفرض وان احرم تطوعا فان استوت نفقته سفرا وحضرا لم يمنع وكذا ان امكنه تكسب
ما يحتاج اليه ولو لم يكن كذلك حلله الولي ه السفيه حكمه في العبادات البدنية والمالية الواجبة حكم الرشيد
الا انه لا يمكن من صرف المال ولا تفريق الحقوق فاذا كان الحج واجبا فلا اعتراض للولي عليه سواء زادت
نفقته سفرا عن الحضر ام لا لتعينه عليه ولكن يتولى النفقة عليه الولي او وكيله ولا فرق في ذلك بين
الواجب بالاصل والنذر كما اذا تقدم سببه على الحجر واما اذا كان الحج مندوبا فكذلك مع عدم زيادة نفقته
على الحضر لعدم الضرر واما اذا احتاج الى زيادة فان كان يكتسبها في السفر فكذلك لانتفاء الضرر عن ماله
المحجور عليه فيه وربما يشكل بانه يصير الكسب به من جملة ماله فيجب الحجر عليه فيه فيكون كالسابق واجيب
بانه قبل لم يكن مالا وبعده صار محتاجا للنفقة وبان الاكتساب غير واجب على السفيه وليس للولي قهره
عليه فلا يلزم من صرف ما يحصل به اتلاف لشيء من المال الذي تعلق به الحجر والجواب الاول لا يتم لو لم يكنه
العود او امكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال الا لم ينفعه احتياجه الى النفقة وفي الثاني ان الاكتساب
عليه وان كان غير واجب الا انه اذا اكتسب باختياره تحقق المال ولزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك
الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر وكان بعد التلبس بالحج او قبله او لم يكن العود الا بصرفه
زال الاشكال وفيهم من قوله ولو لم يكن كذلك حلله الولي ان احرامه ينعقد على كل حال ويشكل مع
الاخلال بالشرائط المنهي عنه المقتضي للفساد في العبادة ويمكن دفعه بان النهي هنا ليس عن ذات
العبادة ولا عن شرطها لان المندوب لا يشترط فيه المال فينعقد وانما النهي عن اتلاف المال الزايد

سفيها مر

النفقه مر

تحصيل

ان لا

فطريق استدراكه تحليل الولي له بالصوم لانه كالمحصر حيث يحرم عليه الذهاب للاكمال وان كان الامر خارج لعجزه عن النفقة هذا ان جعلنا لزوم الاحصار بدلا و الا بقي على احرامه الى زمان الفك وعلى القول بالبدل فهو عشرة ايام كما مر في الحج وروي ثمانية عشر يوما واما خصوص هذه المسئلة فلا نص فيها عندنا **قوله** اذا حلف انعقدت يمينه ولو حنث كفر بالصوم وفيه تردد ه لما كان السفيه انما يمنع من التصرفات المالية فاذا حلف على فعل شيء او تركه حيث تكون اليمين منعقدة في غيره تنعقد يمينه لانه لا يتعلق بالمال ومثله نذره لكن عهده المالي وكان متعلق النذر نفس المال بان نذر بان يتصدق بمال مثلا فان كان معينا بطل النذر وان كان في الذمة صح وروعي في انفاذه الرشد اذا تقرر ذلك فاذا حلف مثلا على شيء وحنث وجبت عليه الكفارة قطعا لانه بالغ عاقل وهل يكفر بالصوم ام بالمال تردد المصنف رحمه الله ووجه التردد من انه ممنوع من التصرف المالي فيكفر بالصوم كالعبد والفقير ومن ان الكفارة تصريح واجبة عليه وهو مالك للمال فتخرج من المال كما تخرج الواجبات من الزكوة والخمس ومؤنة الحج الواجب والكفارة التي قد سبق وجوبها الحجر ويضعف بان هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره فلا تصرف له في المال وانما الحاكم به الله تعالى بخلاف الكفارة في المتنازع فان سببها مستند الى اختياره في مخالفة مقتضى اليمين فلو اخرجها من المال امكن جعل ذلك وسيلة له الى ذهابه لان مقتضى السفه توجيه صرفه على ما لا ينبغي والاقوى انه يكفر بالصوم وبه قطع العلامة في كتبه حتى في التذكرة من غير نقل للتردد ولا خلاف وقريب من هذا البحث الكلام في الانفاق على من استلحقه من الانساب باقراره **قوله** لو وجب له القصاص جاز ان يعفو ولو وجب له دية لم يجز ه هذا عندنا واضح لان موجب العمد القصاص خاصة وهو ليس بمال وانما يثبت المال بالصلح والتراضي بخلاف ما يوجب الدية لانه تصرف مالي فيمنع منه ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جعل الواجب في العمد احد الامرين القصاص او المال فلا يصح عفوه ولو طلب في العمد القصاص فله ذلك لانه موضوع للتشفي والانتقام وهو صالح له واذا جاز له العفو عنه على مال اولى فحيث يثبت بصلحه لا يسلم اليه بل الى الولي **قوله** يختبر الصبي قبل بلوغه وهل يصح بيعه الاشبه انه لا يصح ه قد تقدم ان الرشد لا يتحقق

سيجيء

مطلقا فعفوه عنه

الا باختباره بما يلائمه من التصرفات والاعمال وبين هنا ان محل هذا الاختبار قبل البلوغ لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ووجه دلالة الاية على ذلك من وجهين احدهما جعل متعلق الابتلاء اليتامى والمراد باليتيم لغة وشرعا من لا اب له وهو دون البلوغ فالبالغ ليس يتيم بطريق الحقيقة واطلاق اللفظ محمول على الحقيقة اذا لم يمنع منها مانع وهو منتف هنا والثاني قوله حتى اذا بلغوا النكاح جعل غاية اختبارهم البلوغ فدل على ان الاختبار قبله ولان تاخير الاختبار الى البلوغ يودي الى الاضرار به بسبب الحجر عليه ومنعه ماله مع جواز كونه بالغا رشيدا لان المنع يتمادى الى ان يختبر ويعلم رشده وربما طال زمانه بسبب العلم بالملكة السابقة فاذا امكن دفع هذا الضرر بتقديم الاختبار كان اولى وهذا مما لا خلاف فيه عندنا وانما خالف فيه بعض العامة وجعله جده نعم شارحي القواعد حملا عبارتها على الاختبار بعد البلوغ وجعلا الخلاف في صحة البيع الواقع بالاختبار متفرعا على ذلك ولا ضرورة داعية اليه اذا تقرر ذلك فنقول اذا كان الاختبار بمثل البيع لمن هو من اهله فماكس الصبي فيه وظهر رشده واوقعه هل يكون صحيحا ام لا وجهان احدهما الوقوع لامره تعالى بالابتلاء وهو يقتضي كون الفعل الصادر من الصبي مختبرا خصوصا على القول بان افعاله شرعية ومع ذلك قد انضم الى اذن الولي لان اعطاءه المال وامره به اذن فيجب ان يكون صحيحا والثاني عدمه لمنع دلالة الامر بالابتلاء على الصحة بل غايته استفادة الرشد باية الابتلاء اما كونه صحيحا ام لا فهو خارج عن مقتضاه وهذا هو الاقوى وعلى هذا فكيفية اختباره ان يامره الولي فاذا اراه قد استقر رايه على الشراء تمم الولي العقد وارادة البيع مرة بعد اخرى علم رشده وقريب من ذلك ان يشتري الولي سلعة ويتركها في يد البايع او يعطيه متاعا من امتعته ويواطيه على بيعه من الصبي فان اشتراه منه وفعل ما فيه الصلاح كذلك دل على الرشد واعلم ان العلامة في التحرير رجح صحة البيع مع اذن الولي كما هو المفروض وفي التذكرة والارشاد قطع بعدمه وفي القواعد تردد **كتاب الضمان قوله** ه وهو عقد شرع للتعهد بمال او نفس اعلم ان للضمان معنيين احدهما اعم من الآخر وهذا التعريف للضمان بالمعنى الاعم المتناول للضمان بالمعنى الاخص والحوالة والكفالة فتكون هذه الثلثة اقسام والضمان بالمعنى الاخص قسيما للآخرين والكلام في كون الضمان

فارح

شارح

بلا بها

بالمساومة بالسلع والمخرج بالمساومة والمساومة في الثمن فاذا الامر

اما العقد بعده الولي

ان

هو العقد الدال على التعهد او نفس التعهد قد تقدم البحث على نظيره في البيع والتحقيق انه الثاني واطلاقه على العقد بطريق المجاز اقامة للسبب مقام المسبب وشرعية العقد المذكور للتعهد اعم من كون اثره يحصل معه وعدمه فيشمل الصحيح والفاسد ولو ادعى ان المقصود حصول التعهد وان اللفظ دال عليه كان تعريفا للصحيح وهو الصحيح واعلم ان الضمان عندنا مشتق من الضمن لانه يجعل ما كان في ذمة من المال في ضمن ذمة اخرى او لان ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون فيه اصلية بناء على انه ينقل المال من الذمة الى الذمة وعند اكثر العامة انه غير ناقل وانما يفيد اشتراك الذمتين فاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة لانه ضم ذمة الى ذمة فيتخير المضمون له في المطالبة **قوله** والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون فهنا ثلثة اقسام ه احد الاقسام التعهد بالنفس وهو الكفالة والتعهد بالمال ممن ليس له عليه مال هو الضمان بالمعنى الاخص وممن عليه هو الحوالة وفيه انه سياتي من مذهبه ان الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمة المحال عليه للمحيل فيدخل هذا القسم في الضمان الاخص ويختل التقسيم بالتداخل ولا يدفعه ما يقوله ثم ان هذا القسم بالضمان اشبه لان الاشبه لم يخرجه عن معنى الحوالة ايضا ويمكن دفع الاشكال بان التقسيم جار على محل الوفاق او باعتبار القسم الآخر للحوالة وهو تعهد مشغول الذمة للمحيل ليكون هو احد الاقسام الثلثة خاصة وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا خاصا وحوالة يسهل معه الخطب **قوله** ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون مال وهو المسمى بالضمان بقول مطلق ه لما كان الضمان بالمعنى الاعم منقسما الى الاقسام الثلثة انقسام الكلي الى جزئياته فاطلاقه على كل واحد منها بطريق الحقيقة فيصح اطلاق الضمان على الحوالة والكفالة حقيقة الا ان المعنى من المتبادر من الضمان فيه شرعا عند اطلاق لفظه من غير قيد هو الضمان ممن ليس عليه مال للمضمون وهو المعنى الاخص له واما الآخران وهما الحوالة والكفالة فانما يفهم منهما معنى الضمان مع انضمام لفظ آخر اليه وهو ضمان النفس او ضمان مشغول الذمة للمضمون ونحو ذلك ولكن يبقى فيه اشكال وهو ان ذلك يقتضي كون اطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة لان من علامات صحة الاطلاق من غير قيد كما ان توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم اليه دليل المجاز فكيف يجتمع كونهما من افراد الكلي بطريق

الاول في ضمان المال

بطريق الحقيقة وافتقارهما مع ذلك في صحة الاطلاق الى التقييد وجوابه ان المنقسم اليهما بحيث صارا فردين له بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان وذلك لا ينافي كونهما مجازين بالنظر الى الضمان المطلق الذي هو قسيمهما والحاصل انه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء ومثل هذا البحث ياتي في الماء فانهم قسموا مطلق الماء الى الماء المطلق والمضاف مع ان اطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز لافتقاره الى القيد الا انه فرد حقيقة من مطلق الماء ومنشاء الاختلاف باختلاف الوجهين ولكن لما اشتهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى لوحظت الحقيقة والمجاز باعتبار المشتهر خاصة وفيه بحث **قوله** ولو ضمن المملوك لم يصح الا باذن مولاه ويثبت ما يضمنه في ذمته لا في كسبه الا ان يشترط في الضمان باذن مولاه ه الكلام هنا يقع في مواضع احدها ضمان العبد بغير اذن سيده وفي صحته قولان احدهما وبه قطع المص من غير نقل خلاف عدم الصحة لان العبد لا يقدر على شيء كما وصفه الله تعالى به وذمته مملوكة للمولى فلا يملك اثبات شيء فيها الا باذنه ولان الضمان يستلزم اثبات مال في الذمة فيمنع منه بدون اذن المولى كما يمنع من النكاح كذلك ويرد على الاول ضمانه لما اتلفه او غصبه او جناه في ذمته بغير اذن المولى فلو توقف شغل ذمته مطلقا على اذن المولى لم يلزمه هنا شيء الا ان يقال ان ذلك لا يعد التزاما بل هو حكم شرعي مبني على القهر بسبب وقوعه بغير اختيار مستحقه ومن ثم لزم ذلك الصبي والمجنون ايضا مع عدم صحة ضمانهما اجماعا وعلى الثاني منع كون اثبات المال في ذمته ممتنع وهل هو الا محل النزاع والتمثيل بالنكاح لا يتم لبطلان القياس ومنع كون المانع فيه استلزامه لاثبات المال في الذمة ومن ثم امتنع وان عري العقد عن المهر بل وان بذله اجنبي وانما المانع الحجر واستلزام صحته وترتب اثره قدرة العبد الممتنعة والاجماع عليه وثانيهما الصحة لانتفاء الضرر على المولى لان استحقاق المطالبة له انما يستقر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه كما لو استدان بغير اذن سيده وان افترقا بكون صاحبه لو وجد عين ماله كان له انتزاعها منه ولا يتصور ذلك في الضمان لتعلق حقه بالذمة لا يقال ان السيد يستحق ارثه بعد العتق بالولاء وثبوت الضمان يمنع الارث لانا نقول حكم الارث المذكور لا يمنع الضمان فان الارث متاخر عن الدين فيما قيل انه دين يقدم عليه ولهذا لا يمنع الارث اقراره بمال مع ان الملك يمنع منهما فدل

مطلق

صاحب الولي

على أن الارث ليس في حكم الملك مطلقا كما ان الحجر لا يمنع الضمان لحق ورثته ويمنع مما هو ملكهم فعلى هذا يتبع به
بعد العتق لان كسبه مملوك للمولى ولا يملك التصرف في مال مولاه وهذا القول قربه العلامة في التذكرة
والاقوى الاول الثاني على تقدير ضمانه باذن المولى واطلاقه فلم يشترط له الاداء من الكسب ولا الصبر
الى ان يعتق فهل تعلق بذمته ام بكسبه قولان احدهما وهو الذي اختاره المص تعلقه بذمته فيتبع به بعد
العتق لان اطلاق الضمان اعم من كل منهما والعام لا يدل على الخاص فلم يقع من المولى ما يدل
على التزامه في ملكه وكسبه ملكه ولان الاذن في الكلي ليس اذنا في الجزئي المعين وان كان لا يوجد الا في
ضمنه كما حقق في الاصول والثاني انه يتعلق بكسبه لان اطلاق الضمان انما يتعلق بالضمان الذي
يستعقب الاداء فانه المعهود والاداء من غير مال السيد يمتنع وكذا من مال غير الكسب والاكثار هو الضامن
لا العبد وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه والبحث في ذلك قريب مما لو اذن له في الاستدانة فينبغي
ترتب قول ثالث وهو ان الضمان يتعلق بالمولى ولا يختص بكسب العبد ولعله اقوى الثالث
على تقدير ثبوته في ذمته لو اذن له مولاه في الضمان في كسبه فقد قطع المص بصحته ووجهه ان كسبه مال
مخصوص من اموال السيد فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مال بعينه وح فان وفى كسبه بمال الضمان فقد تم
للمضمون لحقه والا ضاع عليه ما قصر فلو اعتق العبد قبل تجدد شيء من الكسب فهل يبقى التعلق به
ام يبطل الضمان لفوات المحل المعين لاداء المال لانصراف الاطلاق الى الكسب الذي هو ملك
المولى وقد فات الظاهر من كلامهم الاول فان ذلك هو معنى الكسب فاذا اعتق صار كسبه وما
في يده سواء ومع ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع كسبا وان اطلق عليه لغة لكن يشكل على هذا
صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته لان السيد لا حق له فيه فلا مدخل لاذنه فيه والعبد لم يكن
حين الضمان يقدر على شيء الا ان يقال بصحة ضمانه بغير اذن سيده كما مر فهذا اولى ويتفرع على ذلك
ما لو مات العبد قبل امكان الاداء فهل يلزم المولى الاداء لما بقي يحتمله لان اذنه له في الضمان في
كسبه كاذنه في الضمان في مال بعينه من امواله فاذا تلف المال يعود الضمان الى ذمة صاحب
المال على الخلاف ولو قلنا بعدم عوده اليه فلا اشكال ويحتمل عدم لزومه للمولى وان قلنا به ثم لك

لان الكسب ليس محض مال السيد بل حق له ولهذا قيل لو اعتق بقي متعلقا بكسب المعتق فدل على انه
لم يتعلق بالمولى محضا وليس في كلام الاصحاب هنا ما يدل على شيء وان كان الاوجه ابتناؤه
على مسئلة تعيين الاداء من مال بعينه قوله وكذا لو شرط ان يكون الضمان من مال معين ه اي شرط
الضامن كون ضمانه من مال معين من امواله فانه يصح الضمان وينحصر وجوب الاداء فيه لعموم قوله
صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم وح فيتعلق به حق المضمون له وهل هو متعلق به كتعلق الدين
كتعلق الدين بالرهن او كتعلق الارش بالجاني وجهان ماخذهما ان الضمان ناقل للدين الى ذمة الضامن
لان موضعه انما هو الذمة وتخصيص هذا المال افاد انحصار المطالبة الان فيه ولم تخرج الذمة عن العهدة
لان مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها وهذا وجه تعلق الرهن ومن ان الضامن لم يدخل ذمته مطلقا
وانما حصر الاستحقاق في المال المعين وجعله متعلق حق المضمون له فينحصر حقه فيه ابتداء من غير
تعلق بالذمة واقواهما الاول وتظهر الفائدة فيما لو تلف بغير تفريط فعلى الاول ينتقل الى ذمة الضامن
وعلى الثاني الى ذمة المضمون عنه اما الاول فظاهر لان تلف الرهن لا يسقط الحق واما الثاني فلان
فوات العبد الجاني انما يسقط الحق عن مالكه ومالك المال هنا هو الضامن فيسقط عنه واما المضمون عنه فانتقال
المال عن ذمته ليس انتقالا تاما لانه لم يتعلق بذمته وانما تعلق بمال تعلقا ضعيفا فاذا فات عاد الى ما كان
مع احتمال السقوط عنهما في الموضعين على التقديرين اما عن الضامن فلانه لم يقدم على الضمان الا في ذلك
المال ولم يلتزم الاداء الا معلقا بالشرط وقد فات فيبطل الضمان ويعود الى ذمة المضمون عنه واما احتمال
سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني فلان الضمان لما كان ناقلا برئت ذمة المضمون عنه
بالضمان كيف كان فلم يبق للمضمون عليه حق ولا الضامن لما ادى ولم يحصل الاذن المبني عليه ضعيفه
لان الضمان ناقل اما من ذمة الى ذمة عندنا او ضم ذمة الى اخرى عند غيرنا فعدم تعلقه بذمته اصلا
خارج عن القولين فيكون المبني عليه اولى بالسقوط واختار في التذكرة الرجوع على الضامن مع التلف
مطلقا بناء على الوجه الاول والشهيد رحمه الله في بعض فتاويه اختار بطلان الضمان مع تلف المال
من غير بناء على وجه وهو متجه ويمكن دفع المنافاة بين التعلق بالذمة والمال المعين مع الحكم

بالبطلان على تقدير تلفه بان يجعل التعلق بالذمة مشروطا بالاداء من المال عملا بمقتضى الشرط ويجعل هذا تعلقا برأسه
خارجا عن التعلقين اذ لا دليل على الانحصار فيهما وانما هو من مناسبات الشافعية وح فيحصل التعلق بخصوص
العين وفاء بالشرط فان التزام المال من غير المعين لم يتعلق به قصد الضامن ولا دل عليه لفظه ومما يتفرع
على الوجهين ما لو كان المال المعين اقل من الدين فعلى الاول يلزم الضامن الاكمال كما لو نقص الرهن
عنه بناء على تعلق الدين بذمته ولم يحصل فيما عينه وفاء وهو الذي قربه في التذكرة ويشكل بما مر
فانه لم يلزم في ذمته شيئا وغاية التنزل ان يكون التزم بقدر المال المعين فثبوت الزائد في ذمته بعيد
وعلى الوجه الثاني لا اشكال في عدم ضمانه ومما يبنى على الوجهين ايضا من يطالب
ببيع المال وتحويله الى جنس الحق المضمون فعلى الاول يطالب الضامن قطعا كالرهن وعلى الثاني يحتمل جواز
استبداد المضمون له به كالجاني خصوصا ان لم يملكه الضامن ويحتمل عليه توقف التصرف على الضامن
ايضا لان هذا التعلق لا يساوي تعلق الجناية بالجاني بكل وجه لان الجناية تعلقت بالعبد ابتداء ولم تعلق
بذمته اصلا بخلاف دين المضمون له هنا فانه كان متعلقا بذمة وفي تعلقه بذمة الضامن ثانيا ما مر من البحث
فلم يفد هذا التعلق انحصار الحق فيه بكل وجه قوله ولا يشترط علمه بالمضمون له ولا المضمون عنه وقيل
يشترط والاول اشبه لكن لا بد ان يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان عنه ه
القول باشتراط علم الضامن لهما معا للشيخ رحمه الله في المبسوط وفي الخ اعتبر العلم بالمضمون عنه لا المضمون له
ونفى الاشتراط فيهما في غيره وهو الاقوى اما عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه فلان الضمان وفاء دين عنه
وهو جائز عن كل مديون واما المضمون له فان اعتبرنا قبوله لفظا كما هو مقتضى العقد اللازم اقتضى ذلك
تميزه ولا يعتبر ازيد من ذلك وان لم يعتبره كما دل عليه واقعة الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله
من الصلوة عليه حتى ضمنه علي عليه السلام لم يعتبر علمه بوجه وهذا هو الظاهر من عبارة المص حيث اعتبر
رضاه ولم يعتبر فيه عقدا ولا قبولا مخصوصا ولا امتيازه هنا مع اعتبار امتياز المضمون عنه وبقي الكلام
في اعتبار تميز المضمون عنه كما ذكره المص ووجهه ان الضمان يتوقف على القصد وهو متعلق بالمضمون
عنه والحق فلا بد من تميزه بوجه يزول معه الجهالة ليمكن القصد اليه واما الحق فسياتي الكلام فيه وكل

ويشكل بمنع توقف القصد على ذلك فان المعتبر القصد الى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلا
في الذمة وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين والدليل انما دل على اعتبار القصد في العقد لا فيمن كان
عليه الدين فلو قال شخص مثلا اني استحق في ذمة شخص مائة درهم فقال له آخر ضمنتها لك كان قاصدا الى
عقد الضمان على اي من كان الدين عليه ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك والى ذلك مال في التذكرة حيث قال
وهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره الاقرب العدم بل لو قال ضمنت لك الدين الذي لك على من كان من الناس
جاز نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه لعلم
الضمان عن اي من كان قوله ويشترط رضا المضمون له ه المشهور رضا المضمون له في صحة الضمان لان
حقه يتحول من ذمة غريمه الى ذمة الضامن والناس يختلف في حسن المعاملة وسهولة القضاء فربما كان الضامن ممن
لا يرضى بابداله بغريمه لنقصه عنه فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر والغرر وللشيخ رحمه الله قول بعدم اشتراطه
محتجا بان عليا عليه السلام وابا قتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يسال النبي صلى الله عليه وآله عن رضى
المضمون له واجيب بانها واقعة لا عموم لها وبان ذلك انما يدل على عدم بطلان الضمان قبل علمه ورده ونحن
نقول بموجبه لانه صحيح ولكن لا يلزم الا برضا المضمون له والاقوى اشتراط رضاه لصحيحة عبد الله بن سنان عن
الصادق عليه السلام وعلى هذا القول فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراخي ام لا بد من كونه بصيغة
القبول اللفظي قولان اجودهما الثاني لانه عقد فلا بد فيه من القبول ولاصالة بقاء ما كان من شغل ذمة المضمون
عنه وسلامة ذمة الضامن وعدم انتقال حق المضمون له الى ان يتحقق المزيل وح فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود
من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول وكونه بلفظ الماضي واللفظ العربي لانه من العقود اللازمة ووجه
العدم قصة علي عليه السلام واصالة عدم الاشتراط ومخالفته لغيره من العقود المملكة لان الضمان لا يثبت ملكا
جديدا وانما يتوقف به الدين الذي كان وفيه ان استحقاق المضمون له عند الضامن حقا ضرب من التملك
ثم ينتقض بالرهن فان فائدته التوثق مع اشتراطه فيه قوله ولا عبرة برضا المضمون عنه لان الضمان كالقضاء
هذا موضع وفاق ولان اداء الدين كما يجوز بغير اذنه فالتزامه في الذمة اولى ولصحة الضمان عن الميت كما
في واقعة المصلى عليه ولا يتصور قضاه قوله ولو انكر بعد الضمان لم تبطل على الاصح ه اي انكر المضمون عنه

الضمان فانه لا اثر له لانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء لا عبرة بانكاره بعده وربما فسر الانكار بعدم رضاه
بالضمان وعلى التقديرين لا عبرة به وقيده بالاصح على خلاف الشيخ وجماعة حيث حكموا ببطلانه بانكاره
وهو ضعيف جدا قوله ومع تحقق الضمان ينتقل المال الى ذمة الضامن ويبرئ المضمون عنه وتسقط
المطالبة عنه هذا عندنا موضع وفاق وقد تقدمت الاشارة اليه في التعريف وخالف فيه كافة
الجمهور وتظهر الفائدة في مواضع يأتي بعضها ومعنى براءة المضمون عنه براءته من حق المضمون له
لا مطلق البراءة فان الضامن يرجع عليه بما اداه اذا ضمن باذنه كما سيأتي ولقد كان الحكم
ببراءته مغنيا عن قوله وتسقط المطالبة عنه لانه لازم للبراءة قوله ولو ابرأ المضمون له المضمون
عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا هذا من فروع المسئلة السابقة فان الضمان اذا
كان ناقلا موجبا لبراءة المضمون عنه من حق المضمون له فبراءته لا يفيد شيئا لعدم اشتغال ذمته
ح عندنا نعم لو ابرأ الضامن برئا معا اما الضامن فلان الحق عليه واما المضمون عنه فلان الضامن
لا يرجع عليه الا بما اداه ولا اداء هنا وعند الجمهور ان كل واحد منهما ذمته مشغولة فاذا ابرئ المضمون
عنه برئ الضامن لسقوط الحق كما لو ادى المال ولو ابرئ الضامن لم يبرأ المضمون عنه لان الضامن
عندهم كالوثيقة فلا يلزم من سقوطها سقوط الدين كفك الرهن اذا تقرر ذلك فقول المص على قول مشهور لنا
يشعر بثبوت مخالف بنا لكن لم يقف عليه وفي التذكرة ادعى اجماع علمائنا على ذلك ولعله اراد بذلك انه
لم يتحقق الاجماع وان لم نجد مخالفا فان عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الاجماع وان كان المتفقون
كما نبه عليه المص في المعتبر وسيأتي في آخر الكتاب باب الشفعة خلاف الشيخ رحمه الله في ذلك قوله ويشترط
فيه الملاءة او العلم بالاعسار انما يشترط ذلك في لزوم الضمان لا في صحته كما نبه عليه بعد بقوله كان للمضمون له
فسخه والمراد بملاءة الضامن التي هي شرط اللزوم ان يكون مالكا لما يوفي به الدين فاضلا عن المستثنيات
في البيع للدين ومن جملتها قوت يوم وليلة وانما تعتبر الملاءة ابتداء لا استدامة فلو تجدد اعساره بعد الضمان
لم يكن له الفسخ لتحقق الشرط حين الضمان فلا يقدح تخلفه بعد ذلك كغيره من الشروط وكما لا يقدح تجدد اعساره
المانع من الاستيفاء كذا لا يقدح تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر فلا رجع على المضمون عنه متى لزم الضمان قوله

قوله الا لو ضمن ثم بان اعساره كان للمضمون له فسخ الضمان لما كان عقد الضمان مبنيا على الارتفاق والقصد منه استيفاء الدين
من الضامن وانما يكون ذلك اذا امكن الاداء منه بايساره فاذا فات هذا المقصود ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر
على الضامن وبين فسخ العقد والرجوع على المضمون عنه وهل الخيار على الفور لم اقف فيه على شيء والاصل يقتضي استدامته
الى ان يثبت المزيل قوله والضمان المؤجل جائز اجماعا وفي الحال تردد اظهره الجواز لما كان مبنى عقد الضمان على الارتفاق
وتسهيل الامر على المضمون عنه كان الضمان المؤجل للدين الحال جائزا لتحقق الغرض المطلوب منه وهو موضع
وفاق وليس هذا تعليقا للضمان على الاجل بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم واما عكسه بان يضمن
المؤجل حالا فهو مناف للغرض منه كما ذكرناه ومن ثم منع الشيخ وجماعة لذلك ولان ثبوت المال في ذمة الضامن
فرع ثبوته في ذمة المضمون عنه والفرع لا يكون اقوى من الاصل ويضعف بان المنتقل هو الدين واما الاجل فاذا
اسقط المديون واد المال حالا جاز فكذا اذا سأل الضمان كذلك لانه في معنى الاسقاط ولو كان الضامن متبرعا
بالضمان فاولى بعدم الاشتراط اذ لا رجوع له على المضمون عنه فيكون في معنى ما لو ادى عنه دينه المؤجل قبل الاجل
وهو جائز وربما قيل بالمنع مطلقا لان شرط صحة الضمان وجوب الحق على المضمون عنه والاجل حق من
حقوق الدين وتعجيله غير واجب عليه فيكون ضمانه كذلك ضمان ما لم يجب وهو غير صحيح وفيه نظر لان المنع منه الذي
لم يجب هو المال لا الاجل لان مدلول ما الذي هو متعلق الضمان هو المال لانه المضمون واما الاجل فلا يتعلق به الضمان
وان كان من توابع الحق واوصافه الا ان دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعية وهو حق للمديون فاذا رضي
الضامن باسقاطه وتعجيل الايفاء فقد ضمن ما يجب وهو المال ورضي باسقاط الوصف فلا يرد انه غير واجب الاداء
بسبب الاجل لانه واجب في الجملة غايته انه موسع وذلك لا يخرجه عن اصل الوجوب خصوصا اذا انضم الى رضا
الضامن بذلك رضا المضمون عنه والاقوى الجواز مطلقا اذا تقرر ذلك فنقول الحق المضمون لا يخ اما
ان يكون حالا او مؤجلا ثم اما ان يضمنه الضامن حالا او مؤجلا وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا اما ان يكون الاجل
الثاني مساويا للاول او انقص او ازيد وعلى التقادير اما ان يكون الضمان تبرعا او بسؤال المضمون عنه فالصور
اثنى عشر وكلها جائزة على الاقوى لان موضع الخلاف فيها غير محرر فان اطلاق عبارة المص ان الضمان متى
كان مؤجلا فالاجماع منعقد على جوازه وهو شامل لما لو كان الحق مؤجلا مع قصور اجل الضمان ومساواته

وتعليل المانع من الحلول يقتضي المنع من ما بين الصورتين لانهم عللوا المنع من الحال على ما نقله في التذكرة وغيره ان الضمان
ارفاق فالاخلال به يقتضي تسويغ المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة
الضمان وهذا التعليل بعينه آت في الاجل المساوي والقاصر ويقتضي ان الضامن لو كان متبرعا لم يضر لانتفاء
المانع من التسلط على المضمون عنه والشيخ فخر الدين رحمه الله منع من ضمان الحال لا لهذه العلة بل لانه ضمان
ما لم يجب وهو شامل للاجل القاصر عن اجل الدين كما هو شامل للحال ومخرج للمساوي وبالجملة فاطلاق كلام
الشيخ واتباعه يقتضي بالعادة المص وتعليلهم يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين واما الضمان
حالا فان كان الدين مؤجلا فقد اتفق المانعون على منعه نصا وتعليلا وان كان حالا فالشيخ فخر الدين واتباعه
منعوه لعدم الارتفاق فالمتبرع عند المعلل بوجوب الحق كغيره وعند المعلل بالارتفاق تخلف وقد ظهر بذلك ان محل
النزاع غير محرر والحق ان الخلاف واقع فيما عدا المؤجل للحال او الزائد اجله عن اجل الاصل بقي في المسئلة
بحث آخر وهو انه على القول بضمان المؤجل حالا او باجل دون الاجل الاول لو اذن المضمون عنه للضامن في
ضمانه كذلك او مطلقا فهل يحل عليه الدين او ينقص الاجل على تقدير ضمان الضامن له كذلك ام يبقى عليه الاجل كما
كان فلا يرجع عليه الضامن الى حلوله وان ادى قبله اوجه احدها الرجوع عليه كما ادى في الحال لان المتبرع
بالاذن حالا فلان الضمان في حكم الاداء ومتى اذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاه استحق
مطالبته ولان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن واما مع الاطلاق فلتناوله
التعجيل فيكون مأذونا فيه ضمنا لانه بعض ما يدل عليه اللفظ وثانيها التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح لا
مع الاطلاق اما الاول فلما مر واما الثاني فلان الاطلاق انما يقتضي الاذن في الضمان وذلك لا يقتضي
حلول الحق على المضمون عنه لانه لا يحل عليه الا باسقاطه او اشتراطه في عقد لازم وهو منتف ولا دليل في الاذن
المذكور على حلول الاصل باحدى الدلالات ولاصالة بقاء الاجل وهذه الوجوه آتية مع التصريح له في
الضمان حالا ان لم يصرح له بالرجوع عليه حالا ايضا وثالثها عدم الرجوع عليه الا بعد الاجل مطلقا لما ذكر
ولان الاذن في الضمان وان كان حالا انما يقتضي حلول ما في ذمة الضامن ولا يدل على حلول ما في
ذمة المضمون عنه باحدى الدلالات وهذا هو الاقوى واعلم ان العلامة قطع في التذكرة بالاخير ولم يذكر غيره

للمساوي

جوزوه لوجوب الحق والشيخ واتباعه

متخلف

لجواز ضمان

غيره وفي القواعد استشكل في الحلول بالسؤال فقطع ولده بان الاشكال انما هو مع الاطلاق لا مع التصريح بالسؤال
حالا فانه يقتضي الحلول على المضمون عنه وقطع المحقق الشيخ علي بضده وهو ان الاشكال انما هو مع التصريح
بالحلول اما مع الاطلاق فلا اشكال في عدم الحلول وهو موافق لما في التذكرة فانه قطع بعدم الحلول مع الاطلاق
واستشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم استقرب عدم الحلول والحق ان الاشكال واقع على التقديرين كما بيناه قوله ولو كان
المال حالا فضمنه مؤجلا جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه ولم يطالب الضامن الا بعد الاجل هذا هو
الموضع المتفق على جوازه واعاده لينبه على حكم المطالبة وحاصلها ان المضمون عنه لا يطالب قبل الاجل مطلقا اما
من المضمون له فلانتقال دينه عنه الى ذمة الضامن واما من الضامن فلانه ليس له المطالبة الى ان يؤدي
وان كان حالا فهنا اولى واما الضامن فلا يستحق عليه المطالبة قبل الاجل ايضا عملا بمقتضى الشرط وهذه
المسئلة من فروع القول الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه والقائل بالانضمام جوز هنا مطالبة المضمون عنه
حالا لبقائه على اصله ولم يجوز مطالبة الضامن الا بعد الاجل قوله ولو مات الضامن حل واخذ من تركته
لما كان الميت يحل ما عليه من الديون المؤجلة بموته كان هذا من جملة افراده فاذا ضمن الحال مؤجلا ثم مات قبل
الاجل حل ما عليه من مال الضمان واخذ من تركته وجاز ح للورثة مطالبة المضمون عنه لان الدين عليه حال لعدم
حصول ما يقتضي تأجيله عليه لان المؤجل هو الدين الذي في ذمة الضامن لا الذي في ذمته الا ان الضامن لما
لم يستحق الرجوع الا بالاداء وكان موته مقتضيا لحلول دينه فاذا اخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه
ومثله ما لو دفع الضامن الى المضمون له الحق قبل الاجل باختياره فان له مطالبة المضمون عنه لما ذكر وهذا بخلاف
ما لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك فانه يحلوله عليه بموته لا يحل على المضمون عنه لان الحلول
عليه لا يستدعي الحلول على الآخر كما لا يحل عليه المؤجل لو ضمنه الضامن حالا باذنه على ما سبق قوله ولو كان الدين مؤجلا
الى اجل فضمنه الى ازيد من ذلك الاجل جاز هذه من جملة فروع المسئلة السابقة الاجماعية لان الاجل الزائد يحصل
فيه الارتفاق المطلوب من الضمان والكلام فيه لو ادى قبل الاجل او مات كما مر وتحريره انه ان ادى قبل حلول الاجل
الاصيل لم يكن له مطالبة الا بعده وان ادى بعد حلوله عليه وقبل حلول اجل نفسه فله مطالبة لانه قد صار
على الاصيل حالا والضامن قد ادى واسقط حق نفسه من الاجل الزائد وكذا القول لو مات فادى وارثه قوله

بانتقال الحق

بالاداء

ويرجع الضامن على المضمون عنه بالاداء ان ضمن باذنه ولو أدى بغير اذنه ولا يرجع ان ضمن بغير اذنه ولو أدى باذنه ٥ احكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة الى كون الضمان والاداء معا باذن المديون أو احدهما أو عدمهما اربعة أشار المص اليها اثنين بالمنطوق واثنين بالمفهوم لاقتضاء لو الوصلية ثبوت الحكم فى المسكوت عنه بطريق أولى وحكم الاربعة كما ذكر عند علمائنا أجمع وانما نبّه به على خلاف بعض العامة فى بعض اقسامها بناء على ما سبق من انه غير ناقل فلاذن المديون أثر على بعض الوجوه قوله وينعقد بكتابة الضامن منضمة الى القرينة الدالة لا مجردة ٥ انما ينعقد بالكتابة مع تعذر النطق لا مطلقا كما صرح به غيره ولا بد مع ذلك من انضمام ما يدل على قصده من اشارة ونحوها لامكان كونه عابثا والامر فى ذلك بين الضامن أو المضمون له بناء على اعتبار قبوله لفظا وانما خص المص الضامن لعدم اعتبار القبول اللفظى فى الآخر كما سبق ولو عجز عن النطق والكتابة واشار بما يدل عليه صح ايضا كالاخرس والظاهر الاكتفاء بها وان قدر على الكتابة لان المعتبر تبين رضاه بالقرائن والكتابة منها قوله وهو كل مال ثابت فى الذمة سواء كان مستقرا كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار أو معرضا للبطلان كالثمن فى مدة الخيار بعد قبض الثمن ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع ٥ قد تقدم ان عقد البيع يفيد ملك البائع الثمن والمشترى المبيع وان كان هناك خيار فالبيع موجب للملك وان لم يكن مستقرا فيصح ضمان الثمن للبائع من المشترى وللمشترى عن البائع اذا قبضه لجواز ظهور المبيع مستحقا وهو المعبر عنه بضمان العهدة فقول المص كالثمن فى مدة الخيار بعد قبض الثمن مراده انه يصح ضمان الثمن فى مدة الخيار بعد قبضه وهذا الضمان قد يكون للبائع القابض له بان يضمن له عهدته على تقدير ظهوره مستحقا على وجه لا يستلزم بطلان البيع كما لو كان غير معين فى العقد أو على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بارشه وقد يكون ضمانه للمشترى على تقدير ظهور المبيع مستحقا للغير وعلى التقديرين فالضمان انما هو لعهدته لا له نفسه فقوله كالثمن تشبيه للحق الثابت المنزل للمضمون اذ المضمون عهدته لا هو نفسه والفرق يظهر فى اللفظ والمعنى اما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن ضمنت لك الثمن الذى فى ذمة زيد مثلا ونحوه وضمان العهدة ضمنت لك عهدته أو دركه ونحو ذلك واما المعنى فظاهر ان ضمانه نفسه يفيد انتقاله الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه منه وضمان العهدة ليس كذلك انما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات قوله ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع اى لا يصح ضمان الثمن عن البائع قبل قبضه له على تقدير ظهور المبيع مستحقا وقد قبض البائع الثمن فانه ضمان ما لم يجب لانه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهدته فيكون كما لو ضمن

الثاني في الحق

اذ بدر

سيستدينه ونحوه

لو ضمن ما يستدينه وهو ايضا ضمان عهدة واحترز بقوله عن البائع عن ضمانه عن المشترى للبائع فانه جائز سواء كان الضمان لنفسه بحيث ينتقل الى ذمة الضامن كما لو لم يكن معينا فى العقد أم لعهدته كان يضمن للبائع عن المشترى عهدة الثمن لو ظهر مستحقا وهذا انما يتم لو كان الثمن غير معين اذ لا يبطل البيع باستحقاقه بل يرجع الى ثمن آخر واما اذا كان معينا وظهر مستحقا فانه يبطل البيع ولا معنى ح لضمان عهدته للبائع انما يحتاج البائع الى ضمان عهدة المبيع نعم لو كان الضمان ح لتجويز كونه معيبا صح على التقديرين وقد ظهر لك ان المراد فى العبارة بضمان الثمن ضمان عهدته فى اكثر الصور وربما اراد ضمانه نفسه فى بعض مفهوماتها فوقعت بجملة تحتاج الى التفصيل وسيأتى فائدة ضمان العهدة قوله وكذا ما ليس بلازم لكن يؤول الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط وكمال السبق والرماية على تردد ٥ المشبه به المشار اليه بذا يمكن كون الحكم بالصحة فى السابق وهو ضمان الثمن فى مدة الخيار لمناسبة مال الجعالة والسبق له فى التزلزل وكون مآلهما الى اللزوم ولان المقصود بالذات فى السابق هو ذلك واما قوله ولو كان قبله لم يصح فانه كالتتمة والرديف للسابق ويمكن كونه هو هذا القريب وهو عدم الصحة لقربه وكلاهما جائز للخلاف فى المسئلتين المشبهين وكذا قوله على تردد يمكن تعلقه بالمسئلتين معا وبالاخيرة وهى حكم مال السبق والرماية والاول فيهما اوضح وتلخيص الحكم ان عقد الجعالة من العقود الجائزة يصح لكل من الجاعل والعامل فسخه قبل العمل وبعده ومن احكامه ان العامل لا يستحق المال الجعل الا بتمام العمل فلو بقى منه شئ وان قل فليس له شئ بخلاف الاجارة حيث ان اجرتها موزعة على العمل بالنسبة فضمان ماله ان كان بعد تمام العمل فلا ريب فى صحته للزومه للجاعل وان كان قبله فقد اطلق المص الحكم بالصحة على الاول والبطلان على الثانى ووجه الصحة انه وان كان عقدا جائزا والمال فيه ليس بلازم ح الا انه يؤول الى اللزوم بتمام العمل وقد وجد سبب اللزوم وهو العقد فيكون كالثمن فى مدة الخيار وفيه نظر لمنع وجود السبب فانه العقد والعمل معا لا العقد وحده وانما العقد جزء السبب ولم يحصل به ثبوت ولا لزوم فان ما بقى من العمل أو مجموعه على تقدير عدم الشروع فيه لم يستحق بسببه شئ وما مضى منه كذلك لانه لو ترك الباقى لم يستحق شيئا فيكون الباقى بمنزلة الشرط فى استحقاق الجميع والفرق بينه وبين الثمن فى مدة الخيار واضح لان الثمن ح ثابت فى ذمة المشترى مملوكة للبائع غايته فى الباب انه متزلزل ومآله لو ابقى على حاله من غير فعل اصلا الى اللزوم بخلاف مال الجعالة فانه لا ثبوت له اصلا الى ان يكمل الفعل فالمتجه عدم الجواز نعم فى

قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ٥ دلالته على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل لانه ضمنه قبله واستدل الفقهاء بهذه الآية على مسائل من الجعالة سوى الضمان فليكن هذا منها الا ان البحث فيه مجال أو فى التذكرة قطع بعدم الجواز قبل الشروع فى العمل لانه ضمان ما لم يجب واستقرب الجواز لو كان بعد الشروع واما مال السبق والرماية فلا شبهة فى جواز ضمانه بعد العمل كما مر واما قبله فيبنى على انه هل هو جعالة أو اجارة وفيه خلاف يأتى ان شاء الله تعالى والاقوى انه عقد لازم كيف كان فيلزم المال فيه بالعقد ويصح ضمانه وقول المص وكمال السبق والرماية اراد به قبل كمال العمل لانه من امثلة ما يؤول الى اللزوم وقد ظهر ان التردد يجوز كونه فى الامرين معا وان عطفهما على الحكم بالصحة اولى نظرا الى قوله لكن يؤول الى اللزوم فان فيه ايماء الى وجه الصحة قوله فهل يصح ضمان مال الكتابة قيل لا لانه ليس بلازم ولا يؤول الى اللزوم ولو قيل بالجواز كان حسنا لتحققه فى ذمة العبد كما لو ضمن عنه مالا غير مال الكتابة ٥ القول بعدم الصحة للشيخ رحمه الله بناء على ان الكتابة المشروطة غير لازمة من قبل العبد فلا يكون لازما للذمة ولا يؤول الى اللزوم لانه لو عجز نفسه رجع رقا وبطلت الكتابة والضامن فرع المضمون عنه والاصح انها لازمة مطلقا فيصح ضمان مالها ولو تنزلنا الى الجواز فالصحة متجه ايضا لان المال ثابت فى ذمة المكاتب بالعقد غايته انه غير مستقر كالثمن فى مدة الخيار فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق لانه فى حكم الاداء بناء على انه ناقل واتبع التحرير كما لو ادى المال بنفسه وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الثمن فى زمن الخيار فان اداء الثمن لا يمنع الخيار وغاية الضمان انه قبض فلا يمنع بطريق اولى ومن هنا اشكل الجواز على تقدير الجواز لانه يؤدى الى اللزوم قهرا على المكاتب بناء على عدم اشتراط رضا المضمون عنه فى صحة الضمان فينافى الغرض من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب واعلم ان موضع الخلاف الكتابة المشروطة كما بيناه اذ لا خلاف فى لزوم المطلقة فاطلاقها من المص غير جيد قوله ويصح ضمان نفقة الماضية والحاضرة للزوجة لاستقرارها فى ذمة الزوج دون المستقبلة ٥ لما كانت نفقة الزوجة تستقر فى الذمة بفواتها لانها عوض عن التمكين ويجب فى كل يوم حاضر بطلوع فجره صح ضمانها فى الحالين بخلاف المستقبلة كنفقة الشهر المستقبل فانها غير واجبة لاشتراطها بالتمكين وهو لم يحصل فى زمن لم يقع بعد فلا يصح ضمانها وقوله لاستقرارها فى ذمة الزوج يتم فى الماضية قطعا واما الحاضرة فلا اشكال فى وجوبها وثبوتها فى الذمة مع التمكين اما استقرارها ففيه نظر مبنى على انها لو نشزت فى اثناء النهار هل

لم قبلا

تسترد نفقة ذلك اليوم أم لا وفيه خلاف يأتى ان شاء الله الكلام فيه ان ماتت أو طلقها استقرت واخرج نفقة الزوجة عن نفقة الاقارب فان ضمان الفائت منها لا يثبت فى الذمة فلا يصح ضمانه والفرق بينها وبين نفقة الزوجة ان الغرض منها البر والصلة والمواساة فتفوت بفوات الوقت بخلاف نفقة الزوجة فانها معاوضة فسبيلها سبيل الدين وضمان المستقبل منها اولى بعدم الصحة واما الحاضرة فالاقوى صحة ضمانها لوجوبها بطلوع الفجر كالزوجة وان عرض لها بعد ذلك الزوال لو تركت التمكين قوله وفى ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد تردد والاشبه الجواز ٥ ضمان هذه الاعيان اما ان يكون على معنى تكليف الضامن برد اعيانها الى مالكها أو بمعنى ضمان قيمتها لو تلف عند الغاصب والمستام ونحوهما أو الاعم منهما وفى صحة الكل تردد ومنشأه وجود سبب الضمان للعين والقيمة وهو القبض المخصوص فيصح اما الاول فلانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه واما الثانى فلثبوت القيمة فى ذمة الغاصب ونحوه لو تلفت ومن ان الثابت فى الاول وجوب الرد وهو ليس بمال والثانى ليس بواقع فهو ضمان ما لم يجب وان وجد سببه لان القيمة لا تجب الا بالتلف ولم يحصل والاقوى عدم الجواز وفى ضمان القسم الاول فساد من وجه آخر وهو ان من خواص الضمان كما قد عرفت انتقال الحق الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه وهنا ليس كذلك لان الغاصب مخاطب بالرد ومكلف به اجماعا وانما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة وليس من اصولنا قوله ولو ضمن ما هو امانة كالمضاربة والوديعة لم يصح لانها ليست مضمونة فى الاصل ٥ اشار بالتعليل الى الفرق بينها وبين ما سبق حيث جوز ضمانه على تقدير تلفه مع انه ليس بواقع ووجه الفرق ان سبب الضمان حاصل فى تلك الاعيان العادية بخلاف هذه لانها ليست مضمونة وان فرض ضمانها على تقدير التعدى لان السبب الآن ليس بواقع نعم لو كان قد تعدى فيها فحكمها حكم السابقة بل هى من جملة افرادها لان البحث فيها عن ضمان الاعيان المضمونة اعم من كونها مضمونة بالاصل او العارض نعم فى قول المص ليست مضمونة فى الاصل اشعار بعدم دخول التعدى فى السابق لانه ليس بمضمون فى الاصل لكنه لا يخرج عن تجوز ويمكن ان يريد بالاصل ما يعم حالة الضمان بمعنى ان ما ليس مضمونا فى اصل عقد الضمان اى فى وقته لا يصح ضمانه ولا يبرز التكلف قوله ولو ضمن ضامن ثم ضمن عنه آخر هكذا الى عدة ضمنا كان جائزا ٥ لا شبهة فى جواز ترامى الضمان وتعدده لامكان تحقق الشرط وهو ثبوت المال فى ذمة المضمون وهو هنا كذلك ويبقى حكم رجوع كل ضامن بما اداه على مضمونه لا على الاصيل اذا ضمن باذنه الى آخر ما يعتبر ثم يرجع الضامن الاول على الاصيل

بالشرط وهكذا ولاعبرة باذن الاصيل للثانى وما بعده فى الضمان فلا يرجع عليه به اذ لاحق عليه الا ان يقول له اضمن عنه وكذا الرجوع علىّ وهذه المسئلة من فروع القول بالانتقال او الضم ويتفرع على القولين فروع جليلة وكما يصح ترامى الضمان يصح دوره بان يضمن الاصيل ضامنه او ضامن ضامنه وان تعدد لعدم المانع فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان ثم يترتب عليه احكامه كما لو وجد المضمون له الاصيل الذى صار ضامنا معسرا ونحو ذلك فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق وقد يختلفان بان يضمن الحال مؤجلا وبالعكس وخالف فى ذلك الشيخ رحمه الله محتجا باستلزامه صيرورة الفرع اصلا والاصل فرعا وبعدم الفائدة وضعفه ظاهر فان الاختلاف فى الاصلية والفرعية لا يصلح للمانعية والفائدة موجودة كما ذكرناه **قوله** ولا يشترط العلم بكمية المال فلو ضمن ما فى ذمته صح على الاشبه ه للاصحاب فى ضمان المجهول الذى يمكن استعلامه بعد ذلك قولان اشهرهما الجواز للاصل وللاطلاق قوله صلى الله عليه وآله الزعيم غارم ولظاهر قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم مع اختلاف كمية الحمل ولان الضمان عقد لا ينافيه الغرر لانه ليس معاوضة لجوازه من المتبرع وضمان العهدة والقول الآخر المنع لانه اثبات مال فى الذمة لآدمى فلا يصح فى المجهول كالبيع وينتقض بالاقرار وموضع الخلاف فى صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك كما لو ضمن الدين الذى عليه المجهول او الثمن ما باع من فلان واليه اشار المص بقوله فلو ضمن ما فى ذمته صح اما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح الضمان قولا واحدا كما لو قال ضمنت لك شيئا مما لك على فلان لصدق الشى على القليل والكثير واحتمال لزوم اقل ما يتناوله الشى كالاقرار يندفع بانه ليس هو المضمون وان كان بعض افراده **قوله** ويلزمه ما تقوم به البينة انه كان ثابتا فى الذمة وقت الضمان لا ما يوجد فى كتاب ولا ما يقر به المضمون عنه ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين ه هذا متفرع على صحة ضمان المجهول فانه يلزمه ما ثبت بالبينة انه كان لازما للمضمون عنه وقت الضمان لا ما يتجدد لانه لم يتعلق به الضمان ولا ما يوجد فى كتاب ودفتر لعدم ثبوته فى ذمته وانما يلزمه الثابت ولا ما يقر به المضمون عنه لان اقراره انما ينفذ على نفسه لا على غيره ولا على ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه لان الخصومة مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره كما لا يثبت ما يقر به نعم لو كان الحالف برد الضامن ثبت عليه ما حلف عليه واطلاق المص عدم الثبوت بما يحلف عليه برد اليمين منزل على الاول بهذا تحصل الحكم وفى المسئلة اقوال اخر منها لزوم ما اقر به الغريم ايضا ذهب اليه ابو الصلاح وابن زهرة ومنها لزوم ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد وهو قول المفيد ومنها تقييده برضا الضامن وهو قول الشيخ ويمكن

ويمكن رده الى الاول بحمل الرضا على الرد وان كان اعم منه وفى المخ بنى ذلك على ان يمين المدعى هل هى كالبينة او كالاقرار المنكر فيثبت على الضامن ما حلف عليه على الاول دون الثانى الا ان يرضى الضامن بها ورده بان كالبينة انما هو فى حق راد اليمين كما انها اذا كانت كالاقرار تكون كاقراره فلا يلزم الضامن على التقديرين اذا لم يرد اليمين وقد مضى ما فى الرضا ويمكن دفعه بان البينة لا فرق فيها بين ان يكون المنازع المضمون عنه او الضامن لان الحق يثبت بها مطلقا بخلاف الاقرار فانه لا يثبت الا على المقر فالبناء عليها متجه **قوله** اما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح لانه لا يعلم ثبوته فى الذمة وقت الضمان ه قد علم ان شرط صحة الضمان تعلقه بالدين الثابت فى الذمة وقت الضمان على ما فيه من الخلاف فلو ضمن ما يتجدد فى ذمته لم يصح لانه ضمان ما لم يجب وح فضمانه لما يشهد به عليه يشمل ما لو كان ثابتا فى ذمته وقت الضمان وما يتجدد فلا يصح اذ لا يدل على ضمان المتقدم لان العام لا يدل على الخاص فعلى هذا لو صرح بقوله ما يشهد عليه انه كان ثابتا وح فتعليله بقوله لانه لا يعلم ثبوته فى الذمة وقت الضمان لا يخ من قصور لانه يقتضى انه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المشهود به كان فى الذمة وقت الضمان صح والحال ان مثل ذلك لا يصح لعدم وقوع صيغة الضمان موقعها كما عرفت والتعليل منزل على ذلك لان المضمون لما كان الاعم من الثابت وقت الضمان وعدمه لم يدل على احد الامرين بخصوصه فلا يعلم ثبوته فى الذمة وقت الضمان اى لم يعلم ارادة الثابت من الصيغة وهكذا اطلق فى القواعد والمختلف وغيرهما ونبه بالمنع من هذه الصيغة على خلاف الشيخ رحمه الله حيث ذكر فى المبسوط ما يدل على جواز ذلك ويمكن ان لا يكون حكاية القول الآخر بل يريد به ما ذكرناه سابقا من جواز ضمان ما تقوم به البينة انه كان ثابتا وقت الضمان فى ذمة المديون **قوله** اذا ضمن عهدة الثمن لزمه دركه فى كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من رأس اما لو تجدد الفسخ بالتقايل او تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن ه لا فرق بين ضمان العهدة وغيره فى اشتراط ثبوت الحق المضمون فى ذمة المضمون عنه وقت الضمان فاذا ضمن عهدة الثمن للمشترى عن البائع اذا كان قد قبضه البائع اعتبر كونه ثابتا فى ذمته ولو فى نفس الامر وذلك على تقدير فساد البيع ليكون حال الضمان مضمونا عليه لقبضه له بغير استحقاق ورده على المشترى حق ثابت فيصح ضمانه وذلك على تقدير ظهور المبيع مستحقا للغير ولم يجز المالك البيع او اجازه ولم يرض بقبض البائع الثمن ومثله ما لو تبين خلل فى البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه او اقتران شرط فاسد به فان ضمان الثمن للمشترى يصح فى جميع ذلك لما تقدم من العلة وفى الحقيقة هذا فرد من افراد ضمان الاعيان المضمونة

على تقدير كونه موجودا حالة الضمان وقد تقدم ما فى ضمان الاعيان والمص هنا انما رتب الحكم على مذهبه هناك وان هذا الفرد خارج من البين لمكان الضرورة فان ظاهرهم الاطباق على جوازه واعلم ان العهدة فى الاصل اسم الوثيقة او الكتاب الذى يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه مقدار الثمن وغلب فيه كذا فى التحرير وغيره وفى التذكرة سمى ضمان العهدة لالتزام الضامن ما فى عهدة البائع رده او لما ذكر فى الصحاح فقال يقال فى الامر عهدة بالضم اى لم يحكم بعد وفى عقله عهدة اى ضعف فكان الضامن ضمن ضعف العقد والتزم ما يحتاج اليه فيه من غرم او ان الضامن التزم رجعة المشترى عليه عند الحاجة ويسمى ايضا ضمان الدرك قال فى الصحاح الدرك التبعة وقيل سمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله **قوله** اما لو تجدد الفسخ بالتقايل او تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن ورجع على البائع ه لما كان شرط الضمان اشتغال الذمة بالمضمون على احد الوجوه السابقة كان المعتبر فى ضمان العهدة وجود الضمان للعين حالته فلا عبرة بالمتجدد بعد ذلك كالفسخ بالتقايل وتلف المبيع قبل القبض والفسخ بخيار المجلس والحيوان والشرط ونحوها فانه حالة الضمان لم يكن فاسدا فلم يكن مضمونا فضمانه على هذا الوجه ضمان لما لم يجب فلا يدخل فى مطلق ضمان العهدة ولا يصح على تقدير التصريح به والمراد من العبارة الاول واعلم ان فى التذكرة بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على ان التلف هل يبطل العقد من حينه او من اصله فعلى الاول لا يتناوله الضمان وعلى الثانى يتناوله فيطالب الضامن وفيه نظر لانا وان حكمنا بكونه مبطلا من اصله لكن هذا حكم لاحق للضمان فان المبيع حالته كان ملكا للمشترى ظاهرا وفى نفس الامر فلا يتناول الضمان الثمن لانه لم يكن لازما للبائع مطلقا واما التلف الطارى كان سببا فى حكم الله تعالى بعود الملك الى صاحبه من اصله **قوله** وكذا لو فسخ المشترى بعيب سابق ه اى لا يدخل ذلك فى ضمان العهدة فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يطالب البائع لان فسخ العيب انما ابطل العقد من حينه لا من اصله فلم يكن حالة الضمان مضمونا كالسابق حتى لو صرح بضمانه فسد لانه ضمان ما لم يجب وربما قيل بدخول هذا الفرد فى الاطلاق وصحة ضمانه لتقدم سبب الفسخ وهو العيب الموجود حال البيع ودعا الحاجة اليه وهذا على تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق والا فقد يعرض الفسخ بعيب لاحق كما لو وقع قبل القبض او فى الثلاثة كما سبق وهذا لا يكون موجودا حالة الضمان الواقع عند البيع فيكون كالمتجدد من الاسباب لا يصح ضمانه قولا واحدا والاصح عدم دخوله فى الضمان مطلقا كما اختاره المص رحمه الله **قوله** اما لو طالب بالارش رجع على الضامن لان استحقاقه ثابت عند العقد وفيه تردد ه اشار

اشار بالتعليل الى الفرق بين الارش والثمن حيث يدخل الارش فى ضمان العهدة دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم اما الارش فانه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج فى ضمان العهدة لكنه مجهول القدر فينبغى بناؤه على صحة ضمان المجهول الذى يمكن استعلامه الا انه يختص ضمان العهدة بحكم زائد كما خرج من حكم ضمان الاعيان المضمونة ومثله لو ظهر نقصان الصنجة التى وزن بها الثمن او المثمن حيث ضمن عهدته او يصح بدخوله لوجود ذلك حالة الضمان فى نفس الامر ومنشأ التردد فى الارش مما ذكره ومن ان الاستحقاق له انما حصل بعد العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه بعين الارش بل التخيير بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره ولو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كافراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره لزم مثله فى الثمن لانه قسيمه فى ذلك والحق ثبوت الفرق بينهما فان الثمن ما وجب الا بالفسخ اما الارش فانه كان واجبا بالاصل لانه عوض جزء فات من مال المعاوضة ويكفى فى ثبوته بقاء المشترى على الشراء وانما ينتقل الى الثمن بامر لاحق آخر حيث لم يسلم له المبيع تاما ومحصل الاشكال يرجع الى ان الارش هل هو ثابت بالعقد وانما يزول بالفسخ والرجوع الى الثمن او ان سببه وان كان حاصلا لا يثبت الا باختياره وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب او علم ولم يطالب فهل يبقى ذمة من انتقل عنه المعيب مشغولة له بالارش ام لا وقد تقدم فى باب السلم لهذه المسئلة مزيد بحث **قوله** اما لو خرج بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق وكان فى الباقى بالخيار فان فسخ رجع بما قابله على البائع خاصة ه اذا ظهر بعض المبيع مستحقا فذلك البعض كان ثمنه ثابتا فى ذمة البائع حالة الضمان فيصح ضمانه فيطالب الضامن بحصته من الثمن ان لم يجز مالكه ثم ان فسخ المشترى فى الباقى لتبعيض الصفقة طالب بثمنه البائع لعدم تناول الضمان له وخالف فى ذلك الشيخ رحمه الله فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب ومخالفته لما ابطلنا الحكم فى العيب فهنا اولى ثم من قال به فعليه بيان الفرق بين الامرين فان تبعيض الصفقة الذى هو سبب الفسخ كان متحققا وقت البيع والعلامة رده بان سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذى كان فى بعضه وفيه نظر **قوله** اذا ضمن ضامن للمشترى درك ما يحدث من بناء او غرس لم يصح لانه ضمان ما لم يجب ه المراد انه ضمن للمشترى ضامن عن البائع درك ما يحدثه فى الارض التى اشتراها من بناء او غرس

لو ظهرت الارض مستحقة وقلع المالك بناءه وغرسه والمراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتا ومقلوعا فان هذا الضمان لا يصح فلا يستحق الرجوع عليه لو ظهر الاستحقاق وقلع لانه ضمان ما لم يجب لان جزء الضمان لم يكن مستحقا للارش على البائع انما استحقه بعد القلع ولكن سببه كان موجودا وقت الضمان وهو كون الارض مستحقة للغير فينتفي جريان الاحتمال السابق فيها ومن ثم ذهب بعض العامة ايضا الى جواز الضمان هنا بناء على اصله السابق **قوله** وقيل كذا لو ضمنه البائع والوجه الجواز لانه لازم بنفس العقد ه وكانه اراد انه اذا كان لازما له وان لم يضمن كان ضمانه تاكيدا وفيه نظر لانه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعا مسلطا له على الانتفاع مجانا ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا حال الضمان فعدم الصحة اقوى وح فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البائع ام لا فانه ثابت بغير اشكال بل في ثبوته بسبب الضمان وتظهر الفائدة فيما لو اسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب المبيع بقي له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فاسقط احدهما فانه يفسخ بالآخر ان شاء وفيما لو كان قد شرط على البائع في عقد البيع ضمانا بوجه صحيح فان صححنا هذا اكتفى في الوفاء بالشرط وان لم يحصل نفع للمشتري بتجديد نفع فقد ظهر ان هذا الضمان قد يفيد فائدة اخرى غير التاكيد لو قلنا بصحته وبه يظهر ضعف تعليله جوازه بكونه ثابتا ضمن ام لم يضمن لان هذه الفوائد الاخر لم تكن ثابتة لو لم يضمن **قوله** اذا كان لرجل على رجلين مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه الخ ه لا اشكال في صحة هذا الضمان لان كل واحد جامع لشرائط الصحة ثم ان تساوى المالان وكان ضمان كل واحد بسؤال الآخر ولم يتغير وصف الدين بالحلول والتاجيل ففائدة هذا الضمان تعاكسهما في الاصالة والفرعية ويترتب عليه ما لو ابرأ المضمون له احدهما فانه يبرأ الآخر **وقوله** المص ولو ابرأ الغريم احدهما برئ مما ضمنه دون شريكه يريد ان شريكه لا يبرأ مما ضمنه لكنه يبرأ مما كان عليه لاقتضاء الضمان ذلك وتظهر الفائدة ايضا في انفكاك الرهن الذي كان على الدينين او على احدهما لان الضمان بمنزلة الاداء وان اختلفا باحد الوجوه المذكورة ظهرت فوائد اخر اذ قد يضمن المؤجل حالا وبالعكس او يكون احدهما ايسر ويضمن الاكثر او يكون احدهما متبرعا ونحو ذلك وانما يتحول ما كان على كل واحد الى صاحبه مع ضمانهما دفعة ورضا المضمون له بهما فلو رد احدهما بطل واجتمع على الآخر المالان وكذا لو ضمنا على التعاقب اجتمعا على الاخير وعلى قول من جعل الضم

ضم ذمة الى ذمة يشتركان في المطالبة لكل واحد منهما **قوله** اذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال او ابراه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه الا بما اداه ه قد تقدم ان الضامن انما يرجع على المديون مع ضمانه باذنه وعلى تقديره فانما يرجع بما اداه وان لم يزد عن الحق والا رجع بالحق والضابط انه يرجع باقل الامرين مما اداه ومن الحق في كل موضع له الرجوع ولا فرق عندنا في رجوعه بالبعض الذي اداه بين كون الزائد سقط عنه بابراء المضمون له خلافا لبعض العامة حيث جوز له الرجوع بالجميع لو ابراه او من بعضه لانه هبة ومسامحة من رب الدين للضامن خاصة نعم لو قبض منه الجميع ثم وهبه بعضه جاز رجوعه لصدق اداء الجميع وكذا لو وهبه الجميع **قوله** ولو دفع عرضا عن مال الضمان رجع باقل الامرين من قيمته ومن الدين ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد رضي المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد وبين ان يصالحه الضامن به عن دينه فلو كان ثوبا يساوي مائة وصالحه به عن الدين وهو مائتان لم يرجع الا بقيمة الثوب هذا اذا اجرى البيع على العوض بنفس المال المضمون اما لو صالحه عليه في المال بما يساوي مطلقا ثم تقاصا فالمتجه رجوعه بالمائتين لانهما ثبتت له في ذمته بغير استيفاء وانما وقع الاداء بالجميع ويحمل الرجوع بقيمته خاصة لان الضمان وضع للارتفاق وتوقف في التذكرة في ذلك **قوله** اذا ضمن عنه دينارا باذنه فدفعه الى الضامن فقد قضى ما عليه ولو قال ادفعه الى المضمون له فدفعه فقد برئا ولو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير اذن الضامن برئ الضامن والمضمون عنه ه قد عرفت ان الضامن لا يستحق عند المضمون عنه شيئا الى ان يؤدي مال الضمان فاذا ابتدئ المديون ودفع الدين الى الضامن فقد تبرع بالاداء قبل وجوبه فلا يستحقه الضامن وليس التصرف فيه نعم لو دفعه في الدين تبعا للاذن **وقول** المص فقد قضى ما عليه قد يوهم خلاف ذلك وان يكون بمنزلة اداء الدين وليس كذلك وانما المراد انه تخلص من الحق لان الضامن ان دفعه فقد برئ وان لم يدفعه كان في يده مساويا للحق الى ان يؤدي فياخذه من دينه وان ابرئ من الدين او بعضه وجب عليه رد ما قابله الى المديون فالمديون قد قضى ما عليه على كل حال وهذا انما يتم مطلقا على تقدير ان يكون المقبوض في يد الضامن مضمونا عليه والا لامكن ان يتلف في يده بغير تفريط فلا يكون المديون في هذه الصورة قد قضى ما عليه وليس ببعيد كونه مضمونا بعد ان حكم به نعم لو قال المديون للضامن اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل والمال في يده امانة والفرق بينه وبين ما سبق واضح لان دفعه في السابق اليه اما مطلقا او انه الحق المضمون وعلى التقديرين ليس يستحق عليه للضامن بخلاف

قوله اقض به ما ضمنت لانه وكالة في قضيه ودفعه وضمير قوله ولو قال يعود الى الضامن اي قال الضامن للمضمون عنه ادفعه انت الى المضمون له فدفعه فقد برئا اما الضامن فلوفاء دينه واما المضمون عنه فلان الضامن لم يغرم فلا رجع عليه ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن لان المديون وقد ادى في وفائه وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لاداء فيتقاصان واما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير سؤال الضامن فانه يكون قد تبرع عليه بوفاء دينه فبرئ الضامن ولا يرجع عليه الدافع لتبرعه فلا يرجع هو لعدم غرامته فيبرآن معا ايضا كالسابق لكن الاعتبار مختلف **قوله** اذا ضمن باذن المضمون عنه ثم دفع ما ضمن وانكر المضمون له القبض كان القول قوله مع يمينه ه لاصالة عدم القبض وح فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء لعدم تحقق غرمه واستحقاق الرجوع مشروط به ولا فرق في ذلك بين ضمانه بالاذن وعدمه وانما قيد بالاذن ليترتب عليه الاحكام الآتية اذ لا تهمة مع عدمها مطلقا ولا رجوع **قوله** فان شهد المضمون عنه للضامن قبلت شهادته مع انتفاء التهمة على القول بانتقال المال ه لما كان المضمون عنه مع اذنه في الضمان يثبت عليه ما يغرمه الضامن فشهادته له بالاداء شهادة على نفسه وشهادة لغيره فيسمع الا ان يعرض عليه تهمة في الشهادة بحيث تفيد فائدة زائدة على ما يغرمه فترد وقد فرضوا في صور منها ان يكون الضامن قد صالح على الاقل من الحق ويكون رجوعه انما هو بذلك فشهادة المضمون عنه له بجر الى نفسه نفعا فان ذلك اذا لم يثبت يبقى مجموع الحق في ذمة الضامن وفيه نظر لانه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك ولا حاجة الى الثبوت بالبينة كما سياتي فيندفع التهمة فتقبل الشهادة ومنها ان يكون الضامن معسرا ولم يعلم المضمون له باعساره فان له الفسخ حيث لا يثبت الاداء ويرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق الى ذمته ومنها ان يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس وللمضمون عنه عليه دين فانه يوفر بشهادته مال الضامن فيزداد ما يضمن به ولا فرق في هاتين الصورتين بين كون الضامن متبرعا وبسؤال لان فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين اما الاولى فهي مخصوصة بالضامن بسؤال ليرجع بما غرم وانما تسمع الشهادة بوجه على القول بكون الضمان ناقلا كما هو المذهب فلو قلنا بانه يفيد الضم خاصة لم تسمع مطلقا **وقول** المص على القول بانتقال المال يشعر بان لاصحابنا قولا بغيره وفيما تقدم اشار اليه ايضا وهو نادر **قول** ولو لم يكن مقبولا فحلف المضمون له كان له مطالبة الضامن مرة ثانية ويرجع الضامن على المضمون عنه بالاداء

بما اداه اولا ه عدم قبول شهادة المضمون عنه اما لعدم عدالته او للتهمة وح فالقول قول المضمون له لما تقدم والمراد انه لم يقم بينة غيره وح فيرجع على الضامن بالحق وكونه مرة ثانية بالنسبة الى زعم الضامن والا فهي اولى عند المضمون له وفي ظاهر الحال وانما رجع الضامن على المضمون عنه بالاداء اولا لاعترافه بانه لا يستحق سواه ودعواه ان الاداء الثاني ظلم وموافقة المضمون عنه له على ذلك ولا يخفى انه مشروط بمساواة الاول للحق او قصوره والا رجع باقل الامرين لانه لا يستحق الرجوع بالزائد على الحق **قوله** ولو لم يشهد المضمون عنه رجع الضامن بما اداه اخيرا ه لانه لم يثبت ظاهرا اداء سواه هذا اذا لم يزد على ما ادعى دفعه اولا ولا على الحق والا رجع بالاقل من الثلاثة لان الاقل ان كان ما غرمه اولا فلزعمه انه لا يستحق سواه وان الثاني ظلم وان كان الاقل ما غرمه ثانيا فلانه لم يثبت ظاهرا سواه وان كان الاقل هو الحق فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع والحق وفي حكم شهادة المضمون عنه اعترافه بالدفع الاول وان لم يشهد لما ذكر من الوجه فقوله ولو لم يشهد مقيد ايضا بعدم اعترافه ايضا ولو جعل مناط الحكم عدم تصديقه كان اجود ليتناول عدم الشهادة وغيره **قوله** اذا ضمن مريض في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح ه يمكن ان يكون الاصح تنبيها على الخلاف في ان منجزات المريض هل هي من الاصل او الثلث واختياره الثاني كما سبق من مذهبه ويمكن كونه اشارة الى ان الضمان هل يعد من التبرعات المنجزة ام لا ووجه اختيار كونه تبرعا انه التزام ما لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضا فاشبه الهبة وعلى التقديرين انما يتم الحكم مع تبرعه بالضمان اما لو ضمن بسؤال فهو كما لو باع بثمن المثل نسيئة فالوجه انه متى امكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الاصل وان لم يمكن لاعساره ونحوه فهو من الثلث ولو امكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاباة يتوقف ما يفوت على الثلث واحترز بقوله ومات فيه عما لو برئ منه فانه يخرج من الاصل كالتبرع لو مات بعد ذلك هذا كله مع عدم اجازة الورثة والا نفذ من الاصل **قوله** اذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصح وكذا لو كان الى شهرين فضمنه الى شهر لان الفرع لا يرجح على الاصل وفيه تردد ه قد تقدم الكلام في ذلك وان الاقوى صحته فيهما وهو مختار المص ثمة ولكنه رجع من الجزم الى التردد او الى الحكم بخلافه

قوله القسم الثاني في الحوالة الى قوله فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ه الكلام في كون الحوالة عقدا او ثمرة العقد كما سبق ونبه بقوله تحويل الى انها ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ومنه سميت حوالة وقوله مشغولة بمثله صفة للذمة المتحول اليها وهي ذمة المحال عليه وخرج به الحوالة على البرئ من حق

القسم الثاني في الحوالة

المحيل مع انه سياتى من قرب القطع بجوازها ولا ينفعه حكمه بكونها بالضمان اشبه فان رجحان الشبه لا يخرجها عن كونها
حوالة فى الجملة ولعل عرف الحوالة المتفق على صحتها اذ الحوالة على البرى مختلف فيها والعلامة اسقط فى تعريفها القيد
محاولة لادخال ذلك الفرد الا انه ينتقض التعريف فى عكسه فوقع فيما هو اصعب منه لشموله الضمان بالمعنى الاخص لان المال
يتحول فيه من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فانتقض فى طرده قوله ويشترط فيه رضا المحيل والمحال عليه والمحال
اما اعتبار رضا المحيل والمحتال فموضع وفاق لان من عليه الحق مخير فى جهات القضا فلا يتعين عليه بعض الجهات
قهرا والمحتال حقه ثابت فى ذمة المحيل فلا يلزمه نقله الى ذمة اخرى الا برضاه واما المحال عليه فاشتراط رضاه هو
المشهور بين اصحابنا بل ادعى عليه الشيخ الاجماع ولانه احد من تتم به الحوالة فكان كالآخرين ولاختلاف الناس
فى الاقتضاء والاستيفا سهولة وصعوبة ولان نقل المال من ذمة المحيل الى ذمته يتوقف على رضاه ولاصالة
بقاء الحق فى ذمة المحال عليه للمحيل فيستصحب وفيه نظر لان المحيل قد اقام المحتال مقام نفسه فى القبض بالحوالة
فلا وجه للافتقار الى رضا من عليه الحق كما لو وكله فى القبض منه بخلاف الآخرين لما ذكرناه واختلاف الناس فى
الاقتضا لا يمنع من مطالبة المستحق ومن ينصبه والتوقف على رضاه محل النزاع فلا يجعل دليلا مع انا نمنع من
اقتضاء الحوالة النقل بل هى ايفاء لما فى ذمة الغير فلا يقصر عن بيعه ولا يشترط فيه رضاه والاصل المذكور معارض
باصالة عدم الاشتراط والاستصحاب انقطع بما ذكرنا خصوصا مع اتفاق الحقين جنسا ووصفا نعم لو كانا
مختلفين وكان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضا المحال عليه لان ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة
فلا بد من رضا المتعاوضين ومع ذلك لو رضى المحتال باخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور وح فالقول بعدم
اشتراط رضاه مع الموافقة قوى والاجماع على خلافه ممنوع ثم على تقدير اعتبار رضا المحال عليه ليس هو على حد رضا
الآخرين لان الحوالة عقد لازم من جملة العقود اللازمة فلا يتم الا بايجاب وقبول فالايجاب من المحيل والقبول
من المحتال ويعتبر فيهما ما يعتبر فى غيرهما من اللفظ والمقارنة وغيرهما واما رضا المحال عليه فيكفى كيف اتفق مقارنا
او متراخيا او سابقا اكتفى به متقدما ايضا لحصول الغرض المطلوب منه بذلك كله واعلم انه يستثنى من القول بعدم اعتبار
رضا المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فانه لا يعتبر رضا المحيل قطعا لانه وفاء دينه وضمانه بغير اذنه والعبارة عنه
ح ان يقول المحال عليه للمحتال احلتك بالدين الذى لك على فلان على نفسى فيقبل فيشترط هنا رضا المحتال والمحال عليه

والمحال عليه ويتعلقان بركن العقد بخلاف رضا المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره بل قوله ومع تحققها يتحول المال
الى المحال عليه ويبرأ المحيل وان لم يبرأه المحتال على الاظهر ه هنا حكمان احدهما ان الحوالة تفيد نقل المال وتحوله
من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه وهو موضع وفاق منا ومن العامة الا من شذ منهم فانه جعلها كالضمان وفساده
ظاهر لان الحوالة مشتقة من التحول بخلاف الضمان فانه قد يشتق من الضم كما ادعوه فيلزم كل واحد ما يقتضيه لفظه
وثانيهما ان المحيل برئ من حق المحتال بمجرد الحوالة سواء ابراه المحتال ام لا لدلالة التحول عليه وهو المشهور وخالف فيه
الشيخ وجماعة استنادا الى حسنة زرارة عن الباقرين عليهما السلام فى الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل
فيقول له الذى احتال برئت مما لى عليك قال اذا ابراه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبراه فله ان يرجع على الذى احاله
وحملت الرواية على ما اذا ظهر اعسار المحال عليه حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله فان له الرجوع على المحيل الا ان لم يبراه او على ما
اذا اشترط المحيل البراءة فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس المحال عليه وهو حمل بعيد وعلى ان الابراء كناية
عن قبول المحتال الحوالة فمعنى قوله برئت من مالى عليك انى رضيت بالحوالة الموجبة للتحول فبرئت انت فكنى باللازم
بالملزوم وهكذا القول فى قوله ولو لم يبراه فله ان يرجع لان العقد بدون رضاه غير لازم فله ان يرجع فيه قوله ويصح ان
يحيل على من ليس عليه دين لكن يكون ذلك بالضمان اشبه ه هذا هو الاقوى لاصالة الصحة وعدم الاشتراط
وللشيخ رحمه الله قول بالمنع واخر بالصحة ومبنى القولين على ان الحوالة هل هى استيفاء او اعتياض فعلى الاول
يصح دون الثانى لانه ليس على المحال شئ يجعل عوضا عن حق المحال وانما كان اشبه بالضمان لاقتضائه نقل
المال من ذمة مشغولة الى ذمة برية فكان المحال عليه بقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل ولكنه بهذا التشبيه
لا يخرج عن الحوالة قطعا فلحقه احكامها قوله واذا احاله على الملى لم يجب القبول ه لان الواجب اداء
الدين والحوالة ليست اداء وانما هى نقل الدين من ذمة الى اخرى فلا يجب قبولها ونبه بذلك على خلاف بعض
العامة حيث اوجب القبول لقول النبى صلى الله عليه وآله اذا احيل احدكم على ملى فليحتل والخبر على تقدير صحته
محمول على الاستحباب او الارشاد قوله لكن لو قبل لزم وليس له الرجوع ولو افتقر ه لان الحوالة توجب البراءة من الحق
فلا يعود الا بسبب يوجبه ولرواية عقبة بن جعفر عن الكاظم عليه السلام وخالف فى ذلك جماعة من العامة وكما
لا رجوع لو افتقر كذا لو تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر قوله اما لو قبل الحوالة جاهلا بحاله ثم بان فقره وقت الحوالة

كان له الفسخ والعود على المحيل ه لا فرق فى ذلك بين اشتراط فى متن العقد يساره وعدمه لرواية منصور بن
حازم عن الصادق عليه السلام ولما فيه من الضرر والتغرير والمراد بالفقر هنا الاعسار وان كان اعم
والا فيجوز كونه فقيرا بالمعنى المتعارف وموسرا بالمعنى المعتبر فى الدين والمعتبر يساره واعساره وقت الحوالة
فلو كان ح مليا ثم تجدد له الاعسار فلا خيار ولو انعكس بان كان معسرا ثم تجدد له اليسار قبل ان يفسخ المحتال
ففى زوال الخيار وجهان من زوال الضرر وثبوت الخيار قبله فيستصحب وهو اقوى لان الموجب للخيار ليس
هو الاعسار مطلقا ليزول بزواله بل الاعسار وقت الضمان وهو متحقق فيثبت حكمه قوله واذا احال
بما عليه ثم احال المحال عليه بذلك الدين صح وكذا لو ترامت الحوالات ه كما تصح الحوالة الاولى لاجتماع شرائط
الصحة تصح الثانية كذلك لتحقق الشرط وهو اشتغال ذمة المحال عليه بدين المحتال وغيره من الشروط ومتى
احال المحال عليه برئ كالاول وهكذا لو تعدد وهو المراد بالترامى بان احال المديون زيدا على عمرو ثم
احال عمرو زيدا على بكر ثم احال بكر زيدا على خالد وهكذا وهنا قد تعدد المحال عليهم والمحتال واحد وكما
يصح ترامبها يصح دورها كالضمان بان يعود الى المحيل الاول بان تكون ذمته مشغولة بدين لمن احال
عليه او مطلقا على المختار قوله واذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة فان كان بمسئلة المحال عليه رجع عليه وان
تبرع لم يرجع وبرئ المحال عليه ه لما كانت الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه صار
المحيل بالنسبة الى دين المحتال بمنزلة الاجنبى لبراءته منه فاذا اداه بعدها كان كمن ادى دين غيره
بغير اذنه فيشترط فى جواز رجوعه عليه مسئلته والا كان متبرعا وبرئ المحال عليه من الدين قوله
ويشترط فى المال ان يكون معلوما ثابتا فى الذمة ه احترز بالمعلوم عن المجهول عند المحيل كما لو احاله بمن الدين
ولا يعرف قدره فانه لا يصح للغرر ولان الحوالة ان كانت اعتياضا فلا يصح على المجهول كما لا يصح بيعه وان
كانت استيفاء فانما يمكن استيفاء المعلوم ويحتمل على الثانى الصحة ويلزم ما تقوم به البينة كالضمان والثابت
فى الذمة عما ليس بثابت وان وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل فانه لا يصح احالة الجاعل به للمجهول له لعدم ثبوته
اما احالة المجعول له به على الجاعل لمن له عليه دين ثابت فانه جائز بناء على جوازها على البرى فالحاصل ان
المعتبر ثبوته للمحتال فى ذمة المحيل لا فى ذمة المحال عليه ولا فرق فى الثابت بين كونه مستقرا او غيره كالثمن مدة

فى مدة الخيار وكون الحوالة مراعاة بالبقاء على البيع فلو فسخ بالخيار ففى بطلان الحوالة وجهان يأتى الكلام عليهما
فى نظيره قوله سواء كان له مثل كالطعام او لا مثل له كالعبد ه نبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله فى احد
قوليه وجماعة من عدم جواز الحوالة بالقيمى لكونه مجهولا وضعفه واضح فانه مضبوط بالوصف والواجب فيه
القيمة وهى مضبوطة ايضا تبعا لضبطه فالمانع مفقود وعموم الادلة تشمله قوله ويشترط تساوى المالين
جنسا ووصفا تفصيا من التسليط على المحال عليه اذ لا يجب ان يدفع الا مثل ما عليه وفيه تردد ه وذهب
الشيخ وجماعة الى اشتراط تساوى المالين وحق المحال به والمحال عليه جنسا ووصفا لان حقيقة الحوالة
تحويل ما فى ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فاذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير كيف يصير
حق المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك فان الحوالة ان كانت استيفاء كان بمنزلة
من استوفى دينه واقرضه المحال عليه وحقه الدراهم لا الدنانير وان كانت معاوضة فليست على
حقيقة المعاوضات التى يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال او زيادة او صفة وانما هى معاوضة
ارفاق ومسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوى فى القدر والصفة لئلا يتسلط على المحال عليه
بما ليس فى ذمته والتحقيق فى ذلك انا ان اشترطنا رضا المحال عليه وجوزنا الحوالة على البرى كما اختاره
المص فيهما فلا وجه للمنع اصلا لانه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس يصح فاذا كان ورضى تعين
الجواز بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصة لان الحوالة ان كانت استيفاء كما هو الظاهر
فالاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع التراضى وان كانت اعتياضا فكذلك لجواز المعاوضة على
المختلفين وليست معاوضة بيع حتى يعتبر التقابض ونحوه حيث يعتبر فى البيع نعم قد نقول
تجوز الحوالة على البرى هنا ان الحق لم يتحول الى الدنانير وانما لزم المحال عليه للمحتال دنانير وبقيت الدراهم
فى ذمة المحيل فيعتبر فى التقاص تراض جديد وهذا احسن لان الاول اجود لحصول التراضى سابقا
على تحول الحق الى ما فى ذمة المحيل وح فالتسلط الذى هربوا منه انتفى منعه بالتراضى وقد تحرر من ذلك
ان القائل بعدم صحة ذلك لا يتم له مطلقا الا ان يقول بعدم جواز الحوالة على البرى والا صحت الحوالة
هنا الا انها تكون كالحوالة على من لا دين عليه لا انها تقع باطلة مطلقا اذ لا يقصر عن ذلك وان القائل

بعدم اعتبار رضى المحال عليه لا يتوجه لنا القول هنا بالصحة سواء تحول الحق الى جنس المحال به أم بقي كل واحد بحاله
لتوقف كل واحد من القسمين على التراضي لأن الأول استيفاء من غير الجنس أو معاوضة عليه والثاني حوالة
على البريء وكلاهما مشروط بالرضا ثم لو قصدا بالحوالة تحول حق المحال الى ما في ذمة المحال عليه اتجه الجواز
من دون رضا المحال عليه وسقط معه محذور التسلط الذي جعلوه مانعا ولكن الأقوى الصحة مع التراضي
وتحول الحق الذي على المحال عليه الى جنس المحال به ووصفه قوله ولو أحال عليه فقبل وأدى ثم طالب
بما أداه فادعى المحيل انه كان له عليه مال فأنكر المحال عليه فالقول قوله مع يمينه فيرجع على المحيل ه لما ثبت ان الحوالة
جائزة على البريء من دين المحيل على المحال عليه لم يقتض باطلاقها ثبوت دين كذلك فاذا أدى المحال عليه وطالب
بما أدى منكر الثبوت دين عليه للمحيل فالقول قوله مع يمينه لاصالة البراءة فيرجع على المحيل بما أدى ولو اعتبرنا
في الحوالة شغل ذمة المحال عليه لم يقبل قوله في نفيه لاقتضائها ثبوته فالمنكر وان كان معه اصالة براءة ذمته
من الدين الآن ذلك يقتضي بطلان الحوالة على هذا التقدير ومدعي الدين يدعي صحتها ومدعي الصحة مقدم ويمكن
على هذا أن يقال تساقط الأصلان وبقي مع المحال عليه انه أدى دين المحيل باذنه فيرجع عليه على التقديرين وهو حسن
فان قيل الاذن في الاداء انما وقع في ضمن الحوالة واذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الاذن مجردا لأنه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه
قلنا الاذن وان كان واقعا في ضمن الحوالة الا انه أمر يتفقان على وقوعه وانما يختلفان في أمر آخر فاذا لم يثبت
لا ينتفي ما وقع الاتفاق منهما عليه على أن في زوال الاذن الضمني بزوال ما يثبت في ضمنه بحث يأتي تحقيقه ان شاء الله
في الوكالة المعلقة على شرط وفي قوله أدى ثم طالب اشارة الى ان المحال عليه مع براءة ذمته لا يرجع
على المحيل الا مع الاداء كالضامن لما تقدم من ان هذا القسم بالضمان أشبه قوله وتصح الحوالة بمال الكتابة بعد
حلول النجم وهل يصح قبله قيل لا ه لا اشكال في جواز الحوالة بمال الكتابة بعد حلول النجم لثبوته في
ذمة المكاتب أما قبل الحلول فمنعه الشيخ رحمه الله بناء على جواز تعجيز نفسه فله أن يمتنع من أدائه والأقوى
الجواز لمنع جواز التعجيز وعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة لأنها ليست في حكم الأداء بل في حكم التوكيل عليه
بقبضها وان افترقا بكون الحوالة لازمة ح فلو أعتق السيد المكاتب بطلت الكتابة ولم يسقط عن
المكاتب مال الحوالة لأن المال صار لازما للمحال والبطلان طار ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة قوله

قوله ولو باع السيد سلعة فأحاله بثمنها جاز ه لأن حكم المكاتب حكم الأحرار في المداينات فيثبت في ذمته للسيد
ثمن ما اشتراه منه وتصح الحوالة للسيد بالثمن وانما خص البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما في
المعنى للتنبيه على خلاف الشيخ رحمه الله في مسألة البيع حيث انه يحكي فسخ الكتابة بناء على أصله
من جوازها من جهته فيوجب استحقاق السيد شيئا على عبده بخلاف ما لو باعه أجنبي و
أحاله على المكاتب بثمنه فانه لا سبيل له الى اسقاطه ولو فسخت الكتابة فانه يثبت
في ذمته قوله ولو كان له على أجنبي دين فأحاله عليه بمال الكتابة صح لأنه يجب تسليمه ه
ضمير له يعود الى المكاتب والمحال هو السيد والمراد انه اذا كان للمكاتب دين على أجنبي
غير السيد فأحال سيده بمال الكتابة على ذلك الأجنبي الذي للمكاتب عليه دين صحت
الحوالة لأنه يجب على المديون تسليم ما للمكاتب عليه اليه او الى من يقبضه وح فتبرأ
ذمة المكاتب من مال الكتابة ويتحرر لأن الحوالة بمنزلة الأداء سواء أدى المحال عليه المال
الى السيد أم لا حتى لو أفلس به لم يتغير الحكم لأنه انما أحال به دين ثابت ولو كانت الحوالة
ببعض مال الكتابة كان بمنزلة قبض البعض حتى لو أعتقه سقط عن المكاتب الباقي ولم
تبطل الحوالة قوله اذا قال أحلتك عليه فقبض فقال المحيل قصدت الوكالة وقال
المحتال انما أحلتني بما عليك فالقول قول المحيل لأنه أعرف بلفظه وفيه تردد ه
مرجع هذا الاختلاف الى ان لفظ الحوالة التي اتفقوا على استعمالها بينهما هل قصد ا
معناها المتعارف هنا او معنى الوكالة حيث ان الوكالة من العقود الجائزة التي لا
تنحصر في لفظ بل يكفي فيها ما دل على الاذن فيما وكل فيه ولفظ الحوالة صالح له ووجه تقديم
قول المحيل ما ذكره المصنف من انه أعرف بلفظه أي بالمقصود من لفظه اذ لا نزاع بينهما
في اللفظ انما النزاع في مدلول اللفظ والمقصود منه والالفاظ أعرف بقصده من غيره بل لو حصل
عند خفاء دلالة اللفظ لا يعرف الا من قبله فيكون قوله مقدما فيه بيمينه ولعضده ايضا
اصالة بقاء حق المحيل في المال المحال به واصالة بقاء حق المحتال على المحيل ووجه التردد

مما ذكره من دلالة اللفظ ظاهرا على الحوالة واحتياج دلالته على الوكالة الى القرائن
والاصل عدمها وربما قيل بأن لفظ الحوالة حقيقة في العقد المخصوص ومجاز في الوكالة
واللفظ اذا تجرد عن القرائن انما يحمل على حقيقته دون مجازه حذرا من الاغراء
بالجهل لو اريد غير الحقيقة مع عدم نصب قرينة عليه واذا كان كذلك فدعوى
المحيل مخالفة للاصل فلا تسمع وح فما معه من الاصلين الآخرين قد زال بالحوالة
الصادرة بينهما التي الاصل فيها الحقيقة والصحة وهذا التوجيه حسن لو سلمنا
كون الحوالة مجازا في الوكالة لكنه محل نظر لأن الوكالة لما كانت تحصل في ضمن كل
لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة وكانت الحوالة مؤدية لذلك لأن معنى
احلتك كما يحتمل ارادة تحويل المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة
من المحيل الى المحتال فغايته انه تسليط على المحال عليه او تحويل ان دلالته
على الاذن للمحتال حاصلة على التقديرين وانما الكلام في المعنى الزائد على الاذن
وهو تحويل الحق وكون المراد منها هو الحوالة بالمعنى المتعارف اظهر لا اشتباه فيه
لكنه لا يدل على مجازية الآخر لكونه لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد منه
احد معانيه بقرينة فرجع الامر الى انه هل هو من باب الحقيقة والمجاز او من باب
المشترك التي دلت القرائن على ارادة احد معنييه وتظهر الفائدة في كون الفرد
الآخر حقيقة او مجازا ولو اسقطه ذلك يختلف الحكم كما سبق تقريره فان قيل المتبادر
من معنى لفظ الحوالة عند اطلاقه هو المعنى المتعارف لها ولا يفهم منه ارادة
الوكالة الا بانضمام قرائن خارجية فيدل على كونها حقيقة في معناها المذكور دون
الوكالة لما تقرر في الاصول من ان ذلك من علامة الحقيقة والمجاز قلنا هذه العلامة
لا تتم في المشترك لأنه مع وجود قرينة تعين احد معانيه يتبادر الذهن الى ارادته
مع عدم كون الآخر مجازا اجماعا ومع عدم قرينة معينة لا يتبادر احدهما فبل

علي

على هذا انه يكون اطلاقه عليها بطريق المجاز كما ان اطلاقه على غير المتبادر انه بطريق
المجاز ايضا وهو باطل قطعا الا ترى انه من قال لغيره اشتر لي المثقال العلاني بالعين يتبادر
الى الذهن قطعا انه لا يريد به عين الركبة ولا الباصرة مع ان اطلاقه عليهما بطريق
الحقيقة ثم يحتمل ان يريد بها ما قابل الدين فيصلح لانواع الاعيان الا المال ويحتمل ان
يريد به الذهب فيصح غيره من الاعيان ويخرج الدين اذ كان ذهبا فلا بد مع عدم
المبادرة الى احدهما على انهما مجازان فيه ثم لو ضم الى لفظ الأمر السابق قوله الآن الدين
تبادر الى الذهن ارادة المعنى الأول من المعنيين ومع ذلك لا يدل على ان اطلاقه على
المتبادر لا بطريق المجاز وح فاطلاق الاصوليين كون ذلك من علامات الحقيقة
والمجاز يحتاج الى التنقيح وقد نبه له بعض الاصوليين فان قيل ان الحوالة حقيقة شرعية
في العقد المخصوص واطلاقه على الوكالة انما هو بطريق اللغة واذا تعارضت
الحقيقتان فالمقدم منهما الشرعية ولبعضه ايضا دلالة العرف على ارادة المعنى الشرعي والعرفية
مقدمة على اللغوية قلنا دلالتها على الوكالة ايضا بطريق الشرع لان الوكالة لما كانت
شرعا حقيقة في الاذن في التصرفات كيف اتفق وبأي لفظ دل عليه كما هو شأن
العقود الجائزة وكانت الحوالة دالة عليه ايضا فاطلاقها عليها اذا اريد منه اللفظ
يكون بطريق الحقيقة الشرعية وان وافقها مع ذلك اللغة وح يصح الشرع والعرف
للمعنى المتعارف من الحوالة فيقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو لا يخرج الفرد الآخر
عن الحقيقة فان قيل سلمنا صلاحيتها لذلك لكنه يستلزم كون لفظ الحوالة مشتركا
بين المعنيين ولو حملناه على الوكالة بطريق المجاز يندفع الاشتراك وقد تقرر في
الاصول ان المجاز اولى من الاشتراك عند التعارض قلنا لا نسلم اولويته اولا بل
قد قال جمع من المحققين باولوية الاشتراك سلمنا لكن ذاك اذا لم يثبت الاشتراك
وقد اثبتناه فلا يتم الترجيح واذا ثبت ذلك فدعوى المحيل ارادة الوكالة يكون

فقد
دعوي الارادة لبعض افراد الحقيقة الا انه خلاف الظاهر في دعوي المحتال الحوالة سواء
لكن بهذا لا يندفع الاصلان المتقدمان وهما اصالة بقاء حق المحيل وحق المحتال انما ينتفيان
لو كانت الحوالة مجازا في الوكالة كما سلف اما اذا كانت حقيقة فيها فلم يبق ما يدفع
ذينك الاصلين لكن الامر الي تعارض الاصل والظاهر فان قدمنا الاول كما هو
الراجح في استعمالهم فالقول قول المحيل كما اختاره المصنف وجماعة وان قدمنا الظاهر فالقول
قول المحتال كما لو جعلناها مجازا في الوكالة وبيتفق الوجهان وبعد ذلك كله فالقول بتقديم
قول المحتال قوي اما مراعاة للحقيقة او لقوة هذا الظاهر حتي كاد يلحق بها او قد رجحوا
الظاهر في موارد لا يقصر هذا عنها اولتساقط الامرين فيحكم له بملك ما تحت يده لان الاصل
في اليد الملك ويظهر فايدة تقييد التنازع المذكور بكونه بعد القبض فقول بعضهم
ان الاختلاف قبل القبض كبعده لا يجدي فيه فرقا ليس بجيد وانما يتجه عدم الفرق لو سلم
ان الحوالة مجاز في الوكالة فاذا اطلقت وحملت علي الحقيقة تعين فيها الاداء الي المحتال
لانه صار ملكه سواء قبض او لم يقبض **قوله** اما لو لم يقبض ثم اختلفا فقال وكلتك
فقال بل احلتني فالقول قول المحيل قطعا الكلام هنا متفرع علي ما سبق فان قلنا لفظ
الحوالة مجاز في الوكالة فعدم الفرق واضح والقطع ممنوع بل الوجهان اتيان فيه ونقدم
قول المحتال اوضح لاتفاقهما علي وقوع اللفظ الناقل للملك فلا يترجح دعوي المجاز ولانه
لو جرا في كل عقد يدعي في لفظه اراده غير معناه الحقيقي وهو باطل وان جعلناها حقيقة
في الوكالة ايضا تعارض الاصل والظاهر ولا يترجح من جهة القبض كما تقدم فيمكن ان
يكون قطع المصنف من جهة ترجيح الاصل لانه الغالب معتضدا لما سبق باصالة عدم
ملك المحتال له بخلاف ما في يده واما توجيه الفرق بان الحوالة استيفاء والاستيفاء انما
يتم الملك بالقبض فقبله لا يتحقق الملك فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق
ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف فليس بشي لان الحوالة وان جعلناها استيفاء

التوجيهان

نقول انها بمنزلته واقعا لا بمنزلة التوكيل فيه لان الحوالة تفيد النقل والملك وان لم يحصل
القبض اجماعا حتي لو اراد المحيل بعد الحوالة وقبل القبض دفع البدل ما يملك ذلك بدون
رضا المحتال اذا تقرر ذلك فنقول انا قدمنا قول المحتال فالحكم واضح فان كان قبض برئت ذمة
المديون من مقدار المال لاخذ من هو منه فيه او عاصه في مقداره وذمة المحال عليه
ان كانت مشغولة لثبوت الحوالة ظاهرا وان لم يقبض فله المطالبة عند اذا حلف وان
نكل حلف المديون وبطلت الحوالة وان قدمنا قول المحيل ولم يكن المحتال قد قبض
بطلت وكالته بانكاره وحوالته بحلف المديون وله ان يطالب المديون بحقه لبقايه
بزعم المديون في ذمته مع احتمال عدمه لزعمه ان لا حق له علي المديون بالحوالة وان
حقه علي المحال عليه وان كان قد قبض وكان المقبوض باقيا فعليه تسليمه للمحيل وله ان يطالب
المحيل بحقه لانه ان كان وكيلا فحقه باق علي المديون وان كان محتالا فقد استرجع المحيل
منه ما له الرجوع عليه ببدله وهذا بخلاف ما لو لم يقبض حيث توجه احتمال عدم
مطالبة المديون لاعترافه ببراءته ثم ولما هنا وان كان قد برئ بالحوالة بزعمه الا ان
ذمته اشتغلت بطلبه ثانيا ولو كان المقبوض تالفا فان كان تلفه بتفريط فعليه
بدله للمحيل ويرجع علي كلام وان كان بغير تفريط ففي ضمانه له وجهان احدهما الضمان
لانه اما وكيل بزعم المحيل فلا يضمن المال اذا لم يفرط او محتال فهو ماله والثاني الضمان
لانه اما كان وكيله ظاهرا لانه قبض المال لنفسه والوكيل يضمن بذلك لانه جنايه وعلي
الاول ليس له مطالبة المحيل بحقه وان كان المحيل بزعم بقاه لاعتراف المحتال بانه استوفاه
بزعمه حقه **قوله** ولو انعكس الفرض فالقول قول المحتال بان قال المديون تعدلت فهما
علي جريان لفظ الحوالة فصرحت الحوالة وقال المحيل بل وكلني فيتقدم هنا قول مدعي
الوكالة وهو المحتال بيمينه لاصالة بقاء الحقين الثابتين والمحيل يدعي خلافهما
واسقاطهما فكان عليه البينة ونظهر فايدة الاختلاف في عدة اوله من المحيل عليه ويحرم

وتوجيه هذا الحكم كما سبق اعتراضا وجوابا ويأتي فيه الوجهان لرجوع الامر الي دعوي
خلاف الظاهر او خلاف الحقيقة ونقول هنا ان قدمنا قول المحتال وحلف فان لم يكن
قبض المال فليس له قبضه لان انكار المحيل الوكالة يقتضي عزله لو كان وكيلا وله مطالبة
المحيل بحقه وهل للمحيل الرجوع علي المحال عليه وجهان من اعترافه بتحول ما كان عليه الي
المحتال ومن ان المحتال ان كان وكيلا فاذا لم يقبض بقي حق المحيل وان كان محتالا فقد ظلم
المحيل باخذ المال منه وما علي المحال عليه حق للمحيل فله ان ياخذ عوضا عما ظلم به وان كان
قد قبض المال فقد برئت ذمة المحال عليه علي التقديرين ثم ان كان المقبوض باقيا ففي
جواز تملكه له او وجوب رده علي المحيل وجهان ماخذهما انه جنس حقه وصاحبه يزعم
انه ملكه واعترافه بانه ملك المحيل وانه المجبر في جهة الاداء والاول اجود فان كان تالفا
فان كان بتفريط ضمنه للمحيل وطالبه بحقه وقد يتقاص التقاص وان لم يفرط ففي ضمانه
وجهان ماخذهما ثبوت كونه وكيلا ظاهرا فيده يد امانة وانه لا يلزم من تصديقه
في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان لان يمينه انما كانت
علي نفي ما يدعيه المحيل لا علي اثبات ما يدعيه وان قدمنا قول مدعي الحوالة فحلف
برئ من دين المحتال وكان للمحتال مطالبة المحال عليه اما بالحوالة او بالوكالة و
يتملكه ياخذه اما قصاصا علي زعمه او لانه عين حقه كما اقتضاه الظاهر **واعلم** ان هذا
البحث كله انما ينضم الي لفظ الحوالة مما لا يحتمل الوكالة كما لو قال احلتك بالمائة التي
لك علي علي المائة التي لي علي زيد فان هذا لا يحتمل الا حقيقة الحوالة فالقول قول
مدعيها قطعا لامتناع ارادة المجاز او الفرد المرجوح ولو لم يتفقا علي جريان لفظ
الحوالة بان قال احلتك فقال بل وكلتني او بالعكس فالقول قول منكر الحوالة
قطعا لاصالة عدمها من غير معارض **قوله** اذا كان له دين علي اثنين وكل منهما
كفيل لصاحبه وعليه لاخر مثل ذلك فاحاله عليهما صح وان حصل الرفق في المطالبة لا

قل
بل قبل تحقيق الحكم في هذه المسئلة من تقرير مقدمة يبني عليها وهي ان الضمان عندنا نا
للمال من ذمة المضمون الي ذمة الضامن لا ضم لذمته الي ذمته ومخالفونا جعلوه بمعني
الضم كما قد سمعت غير مرة وحينئذ فنقول اذا كان لشخص علي اثنين دين ولنفرضه كما فرضه
الشيخ رحمه الله الفا علي كل واحد خمسماية فاذا كفل كل واحد منهما صاحبه اي ضمن
ما عليه فلا يخلو اما ان يقع ذلك مرتبا او دفعة واحدة وعلي التقديرين اما ان يجيز المضمون له الضمانين
او احدهما او لا يجيز هما ثم ان اما ان نقول بكون الضمان ناقلا او ضاما فان اجاز
الضمانين وكانا متلاحقين اجتمع الجميع في ذمة الاخير وان كانا مقترنين انتقل ما في
ذمة من اجاز ضمانه المصنف بالاصالة والاخر بالضمان وعلي مذهب مخالفينا
لو اجاز ضمانهما صار مخيرا في مطالبة كل منهما بالالف ثم لو احال صاحب الحق عليهما
بالالف وقد ضمنا واجاز ضمانهما فعندنا ياخذ من كل واحد خمسماية لعدم تأثير
الضمان ومن هذه الحيثية واما من جعله ضاما فاختلفوا هنا فبعضهم منع من هذه
الحوالة لانه لم يكن له الا مطالبة واحد منهما فلا يستفيد بالحوالة زيادة كما لا يفيد
زيادة قدر وصفة وبعضهم جوز ذلك للاصل ولعدم اعتبار هذا الارتفاق في
المنع كما لو احاله علي من هو املي منه واحسن قضاء القرض ذلك والشيخ رحمه الله ذكر هذه
المسئلة في المبسوط وحكم فيها بعدم الصحة معللا بما ذكرناه من زيادة الارتفاق
وهذا لا يتم الا علي القول بان الضمان بمعني الضم كما قد بيناه اذ لا يقدر النقل
لا يستفيد زيادة ارتفاق بل يبقي الحكم كما كان ومع ذلك فهو موضع نظر لان هذا
الارتفاق لا يصلح للمانعية والمعروف من مذهبنا هو النقل فالبحث كله ساقط عندنا
واتفق الشيخ علي تصوير المسئلة المذكورة لا يتم الا علي القول بالضم وهو لا يقول به وخالفه
في الحكم وحكم بالصحة فيها علي ان الرفق المذكور غير مانع لقبوله وان حصل الرفق في
المطالبة والظاهر ان المصنف رحمه الله لم يذكر المسئلة الا علي وجه التفريع والتنبيه علي ان

كل واحد منهما الي ذمة الاخر
وبقي الامر كما لو لم يجز هما
وبرئا فيسقط عن ذمة كل واحد
خمسماية وان اجاز احدهما خاصة
صار الجميع في ذمة من لم يجز ضمانه

والمصح

مبنيا

حكم بر الشيخ لا يتم وان بني علي ذلك الاصل نظرا الي ان زياده الرفق لا تمنع كالو احال علي
من هو اكثر ملاه واما ما ذكره الشيخ لها فيشعر الي بذهابه الي كونه بمعني الضم اذ لا
يتم الا عليه والمصنف رحمه الله قد لوح في المسئله بالخلاف فيما سبق في موضعين لحمل
قوله علي قول مشهور لنا والاخر قوله علي القول باستقلال المالك بتعيينها عليه في الموضعين
ويمكن ان يكون الشيخ رحمه الله فرع علي مذهب المخالفين وان لم يشر اليه فقد اتفق
له ذلك في المبسوط في مواضع **قوله** اذا احال المشتري البايع بالثمن ثم رد المبيع
بالعيب السابق بطلت الحواله لانها تبع البيع وفيها تردد **ش** منشا التردد
من ان الحواله تابعه للبيع فاذا بطل البيع بطلت لاستحاله وجود التابع من حيث
هو تابع بدون متبوعه وهو مذهب الشيخ رحمه الله ومن ان الحواله ناقله للمال الي
ذمة المحال عليه في حال كون المحتال مستحقا للدين في ذمة المشتري فلا يزيله الفسخ
المتعقب لانه ابطل العقد من حينه لا من اصله وتردد العلامه في ذلك كالمصنف
وربما بني الوجهين على ان الحواله هل هي علي استيفا ما على المحيل نظرا الي عدم اشتراط
القبض فيها ولو كان الحقان من الاثمان ولتحقق براءة ذمة الاصل بمجردها ولانها
لو كانت اعتياضا كانت بيع دين بمثله فالاعتياض المتغا الي انه لم يقبض
نفس حقه بل اخذ بدله عوضا عنه وهو معني الاعتياض فعلي الاول تبطل
لانها نوع ارفاق واذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كالو اشتري بدراهم
مكسره فاعطاه صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وعلي الثاني لا تبطل كالو
اعتاض البايع عن الثمن ثوبا ثم فسخ فانه يرجع بالثمن لا بالثوب ولا فرق في ذلك بين
كون الرد بالعيب بعد قبض وقبله ولا بين ان يتفق الرد بعد قبض المحتال
مال الحواله وقبله ولا بين الفسخ بخيار العيب وغيره من انواع الخيار والاقاله
والفسخ بالتحالف ونحوها لا يبطل البيع من اصله لكن المصنف والجماعه مثلوا بالعيب

متعلق من فرض المسئله وكذا لا فرق بين العيب السابق على البيع واللاحق علي وجه يجوز الفسخ
كالعيب قبل القبض وقبل انقضا الثلاثه في الحيوان **قوله** فان لم يكن البايع قبض المال
فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري وان كان قبضه فقد بري المحتال وتعيد
المشتري من البايع **ش** هذا التفريع علي القول ببطلان الحواله وتحريره ان البايع المحتال ان لم
يكن قد قبض المال لم يكن له قبضه لبطلان الحواله في ذمة المحال عليه للمشتري كما كان ولو خالف
البايع وقبض بعد ذلك لم يقع عن البطلان حقه وهل يقع للمشتري وجهان ماخذهما بطلان الحواله
فيتبعها الاذن في القبض لانه لو كان من لوازمها فيحتمل تخلفه عن ملزومه وان الاذن الضمني
لا يبطل ببطلان ما كان في ضمنه كما سياتي ان شا الله تعالي في الشركه والوكاله والاول اقوي
والفرق ان الحواله تنقل الحق الي المحتال فاذا صار له الحق له ملك قبضه لنفسه بالاستحقاق
لا للمحيل بالاذن بخلاف الوكاله والشركه فان القبض فيهما للمالك فاذا بطل خصوص
الاذن جاز ان يبقي عمومه مع ان في بقا الاذن الضمني فيهما نظرا لامتناع بقا المعني
الضمني بعد ارتفاع المطابقي وسياتي ان شا الله تعالي تحقيقه وان كان قد قبض المال
من المحال عليه تعين المشتري لقبضه باذنه فلا يقبض عن الوكيل فليس له رده
علي المحال عليه فلو رده عليه فللمشتري مطالبته ثم ان كان موجودا فطالبه
وان كان تالفا لزمه بدله وان تلف بغير تفريط لانه قبضه عن الثمن فيكون مضمونا
عليه ولو قلنا بعدم بطلان الحواله وكان قد قبض بري المحال عليه ورجع المشتري
علي البايع ولا يتعين حقه فيما قبضه وان لم يكن البايع قد قبض فله القبض وللمشتري
الرجوع عليه قبل القبض لان الحواله كالمقبوضه ومن ثم يسقط حق حبس المبيع لو
احال المشتري البايع بالثمن ويحتمل عدم جواز رجوعه عليه الي ان يقبض لعدم
وجود حقيقه القبض وان وجد ما هو بمعناه في بعض الاحكام **قوله** اما لو احال
اجنبيا بالثمن علي المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب او بامر حادث لم تبطل الحواله

لانها تعلقت بغير المتبايعين **ش** اشار بالتعليل الي الفرق بين حواله المشتري البايع
وحواله الاجنبي علي المشتري فان الحق كما هو في الاول كان مختصا بالمتبايعين بسبب المبيع
فاذا بطل السبب بطلت التوابع بخلاف حواله الاجنبي لا تبطل وان حكم بالبطلان
ثم لتعلق الحواله بغير المتعاقدين حيث ان الثمن صار مملوكا للمحتال الاجنبي
قبل فسخ العقد ونقل الشيخ هنا الاجماع على عدم البطلان ولا فرق بين ان يكون المحتال
قد قبض وعدمه لان الناقل للملك هو الحواله لا القبض ويحتمل ضعيفا البطلان ايضا
لان استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل فاذا بطل حق المحيل بطل تابعه ووجه ضعفه
انه تابع حين الحواله لا بعد ذلك لافادتها الملك حين وقعت بغير معارض **قوله**
ولو ثبت بطلان البيع بطلت الحواله في الموضعين **ش** اي في موضع احاله المشتري
البايع او احاله البايع الاجنبي علي المشتري ووجهه ان صحه الحواله فرع ثبوت الثمن
للبايع علي التقديرين فاذا تبين بطلان البيع من اصله ظهر عدم استحقاق البايع
الثمن في نفس الامر في ذمة المشتري وفي الحقيقه للحواله وقعت في نفسها باطله
لا انها بطلت بظهور البيع وانما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من راس
وحينئذ فان كان البايع او المحتال لم يقبض فليس له القبض وان كان قد قبض
رجع المشتري عليه وله الرجوع علي البايع لو كان القابض محتالا الا انه قد اوفي
للمحتال ما في ذمته بقبضه منسوب اليه وليس للمشتري الرجوع علي المحتال
عليه بعد القبض حينئذ لصدوره **قوله القسم الثالث في الكفالة** ويعتبر
رضا الكفيل والمكفول له دون المكفول **ش** لما كانت الكفاله من جمله العقود
اللازمه فلا بد من وقوعها بين اثنين ولو حكما ورضاهما يحصل ذلك ومدار الكفاله
علي ثلاثه الكفيل وهو هنا بمعني الفاعل وان كان يصلح للمفعول ايضا لكنهم اصطلحوا
علي وضعه للفاعل وتخصيص المكفول باسم المفعول ومكفول له وهو صاحب

الحق ولو بالدعوي ومكفول وهو من عليه الحق او الدعوي فلا بد من رضا اثنين منهم
ليتم العقد فالكفيل والمكفول له يتعين رضاهما اما الاول فواضح لان الانسان لا
يصح ان يلزمه الحق الا برضاه واما الثاني فلانه صاحب الحق فلا يجوز الزامه شيئا بغير
رضاه وبهما يتم العقد واما المكفول فلا يعتبر رضاه لوجوب الحضور عليه
متي طلبه صاحب الحق بنفسه او وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يامره باحضاره
وغايه الكفاله هي حضور المكفول حيث يطلب وهذا هو المشهور بين علمائنا وغيرهم
وللشيخ رحمه الله قول باشتراط رضاه ولانه اذا لم ياذن فيها او يرضي بها لم يلزمه
الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا يصح كفالته لانها كفاله لغير المقدور
عليه وهذا بخلاف الضمان لامكان وفا دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن ان
ينوب عنه في الحضور وتبعه ابن ادريس وقواه في التحرير وهو ضعيف لان مداره علي
عدم الحضور معه بدون رضاه وهو ممنوع لان المستحق متي طلبه وجب عليه الحضور
وان لم يكن مكفولا اجماعا وفايده الكفاله راجعه الي التزام الكفيل بالاحضار حيث
يطلبه المكفول له فان طلبه منه لم يقصر عن وكيله وان لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور
معه وان كان برضاه اذ لا تقرير ذلك فعلي القول باعتبار رضاه ليس هو الا علي حد رضا
الاخرين لان رضاهما لا بد معه من اقتران الايجاب والقبول الصادرين علي
جهتهما اما المكفول فيكفي رضاه بذلك كيف اتفق متقدما او متاخرا او مقارنا كما في
رضا المضمون **قوله** وتصح حاله ومؤجله علي الاظهر **ش** هذا هو الاصح للاصل
ولان الحضور حق شرعي ولا يمنعه الحلول واشترط الشيخ وجماعه فيها الاجل
كالضمان وهو ضعيف **قوله** واذا اشترط الاجل فلا بد ان يكون معلوما **ش**
هذا موضع وفاق لان الاجل المجهول يوجب الغرر اذ ليس له وقت يستحق مطالبته
فيه كغيره من الاجال وفيه تنبيه علي خلاف بعض العامه حيث اكتفي فيها بالاجل

المجهول لاشتماله على الغرر فيتسامح فيها كالعارية وفساده ظاهر لان العارية غير لازمة فلا يقدح فيها الاجل المجهول لجواز المطالبة بالمستعار في الاجل وان كان معلوماً

قوله فان سلمه تسليماً تاماً فقد برئ وان امتنع كان له حبسه حتى يحضره او يؤدي ما عليه **ش** المراد بالتسليم التام ان يكون في الوقت والمكان المعينين ان عيناهما في العقد او بلد العقد مع الاطلاق ولا يكون للمكفول له مانع من تسليمه بان لا يكون في يد ظالم ولا متغلب يمنعه منه ولا في حبس ولا في موضع لا يتمكن من وضع اليد عليه لقوة المكفول وضعف المكفول له ونحو ذلك فاذا سلمه كذلك فقد برئ من عهدته فان لم يتسلمه منه وامكن تسليمه الى الحاكم سلمه اليه وبرئ ايضاً ولو لم يمكن اشهد عدلين باحضاره الى المكفول له وامتناعه من قبضه والاقوى الاكتفاء بالاشهاد وان قدر على الحاكم لان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره هذا ما يتعلق بالكفيل اذا بذل اما اذا امتنع من التسليم التام الزمه الحاكم به فان ابى حبسه حتى يحضره وله عقوبته عليه كما في ممتنع من اداء الحق ثم ان سلمه بعد ذلك فلا كلام وان ابى وبذل ما عليه فظاهر المصنف الاكتفاء به في براءته وعليه الشيخ رحمه الله وجماعة لحصول الغرض من الكفالة وهو على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن اخذه من الكفيل كالمال فلو لم يمكن كالقصاص وزوجية المرأة والدعوى بعقوبة توجب حداً او تعزيراً فلا بد من الزامه باحضاره مع الامكان ان لم يكن له بدل كالدية في القتل وان كان عمداً او مهر مثل الزوجية وجب عليه البذل وذهب جماعة من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة الى انه لا يتعين على المكفول له قبول الحق بل له الزامه بالاحضار مطلقاً لعدم انحصار الاغراض في اداء الحق فقد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء او بالاداء من الغريم لا من غيره

وخصوصاً

وخصوصاً فيما له بدل فانه بدل اضطراري لا عين الحق الذي يتعلق الغرض غالباً بحصوله وهذا هو الاقوى اذا تقرر ذلك فان رضي المكفول له بالمال واداه الكفيل فان كان قد كفل باذن الغريم او ادى باذنه وان كان كفل بغير اذنه فله الرجوع عليه وان اتفق الامران فان امكن احضاره فلم يحضره لم يرجع عليه وكذا ان كفل باذنه وادى بغير اذنه مع تمكنه من مراجعته لان الكفالة لم تتعلق بالمال اختياراً فيكون كالمتبرع وان تعذر عليه احضاره رجع عليه مع اذنه في الكفالة وفي رجوعه مع عدمها نظر وظاهرهم انه يرجع ايضاً والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من ادى بالاذن هنا وان كفل بغير الاذن بخلاف الضمان ان لم يتعلق بالمال بالذات فيكون حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي فاذا اداه باذن من عليه فله الرجوع بخلاف الضامن لانتقال المال الى ذمته بمجرد الضمان فلا ينفعه بعد ذلك الاذن في الاداء لانه كاذن الاجنبي للمديون في اداء دينه واما اذا اذن له في الكفالة ولم يأذن له في الاداء مع تعذر الاحضار فان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن في الكفالة اذن في لوازمها

قوله ولو قال ان لم احضره كان علي كذا لم يلزمه الا احضاره دون المال ولو قال علي كذا الى كذا ان لم احضره وجب عليه ما شرط من المال **ش** هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في النهاية وتبعه عليها المصنف وجماعة من الاصحاب ومستندهم في ذلك رواية داود بن الحصين عن ابي العباس عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً قال ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه ابداً الا ان يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي اجله وفي رواية اخرى في طريقها ابان بن عثمان عن ابي العباس قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل كفل لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به والا عليّ خمسمائة درهم قال

عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم فان قال عليّ خمسمائة درهم ان لم ادفعه اليه فقال يلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه ولما ذكر ناكراً واتيين لم يتسع عليهما الكلام في حكم المسألتين والفرق بينهما وقد عرفت منهما ان قول المصنف في الثانية لزمه المال ليس بجيد بل يجب تقييده بما قيد في الرواية بقوله ان لم يحضره ونحوه لكن الشيخ رحمه الله مع ذكره للروايتين في التهذيب ذكر المسألتين كما ذكره المصنف من لزوم المال في الثانية من غير قيد وتبعه المصنف هنا والعلامة في التحرير والقواعد والارشاد وقد تنبه لذلك المصنف في النافع فقال كان ضامناً للمال ان لم يحضره في الاجل وكذلك العلامة في التحرير والتذكرة فقد ذكر ما يتعلق بحكم المسألة والتفصير في تأديتها ثم بقي الفرق بين الاشكال في الفرق بين المسألتين لمجرد تقديم الجزاء على الشرط وتأخيره فان ذلك لا مدخل له في اختلاف الحكم لان الشرط وان تأخر فهو في حكم المتقدم الا ان الجماعة جمدوا على النص ومع ذلك لم يوفوا بمقصوده كما عرفت وبقي الكلام في المستند فان في سند الروايتين وجهالة في بعض رجالهما فالاستناد اليهما في هذا الحكم المخالف للقواعد الشرعية والعربية من اشكاله ان جماعة من الاصحاب لهم في الاعتذار عن ذلك وجوه منها الجمود على النص من غير تعب على تعليله ولا التفات الى مخالفته وهو طريقة الشيخ ومتابعيه ومع ذلك لا يتحاشون من عدم صحة السند كما قد علم ذلك من طريقة الشيخ رحمه الله سيما في النهاية التي قد ذكر فيها هذه المسألة فانه يذكر فيها ما ورد من النصوص مع ضعف كثير منها ولا يخفى ما في هذه الطريقة من الخطر خصوصاً في مثل هذا الحكم المخالف للاصول مع ضعف المستند ومنها ان الحكم في المسألتين اجماعي ومع ذلك منصوص فلا يمكن العدول عنه لمجرد التباس الفرق بين الصيغتين وهذا ذكره ابن فهد في المهذب وتبعه المحقق الشيخ علي رحمه الله في الشرح وفيه نظر لمنع الاجماع في موضع النزاع فان احداً من الاصحاب لم يدعه والموجود كلام منهم في المسألة

جماعة قليلة والباقي لا يعرف حكمهم فيها ومع ذلك فقد حكى العلامة في المختلف فيها كلام الشيخ ومن تبعه ثم قال وعندي في هذه المسألة نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكماً مخالفاً لما ذكره الشيخ والجماعة وقال ان كلام ابن الجنيد اشبه وقد عرفت ان للمصنف وحده فيها قولين هنا وفي النافع وللعلامة فيها اربع مذاهب تنبيه ودعوى الاجماع عند ذلك عجيب ومنها ما فرق به ابن ادريس فقال انه يلزم ضمان المعترض حيث بدأ بالضمان وهو فرق بنفس الدعوى لا يحصل به فائدة قال المصنف رحمه الله في نكت النهاية في رده ان الشرط متقدم على المشروط طبعاً فلا عبرة بتأخره وضعاً ومنها ما ذكره الشيخ رحمه الله من ان الشرط لزوم المال اذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فتمتنع الكفالة واذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونه معلقاً على شرط باطلاً ولمنافاة الضمان صحة الكفالة وهذا التوجيه اظهر ما يستخرج من ظاهر كلام القواعد وما اشبهها بعبارة المصنف في الكتاب حيث اطلقوا لزوم المال في المسألة الثانية وقد عرفت انه في الرواية مشروط بعدم احضاره فتكون الكفالة ايضاً صحيحة وان تأخرت عن ذكر المال هنا لانه مع تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطاً بعدم احضاره فكيف يقال ببراءة ذمة المضمون عنه حتى تمتنع الكفالة وقد ذكر في الرواية هذا الرجوع الى فرق ابن ادريس الذي لم يجعل مقنعاً ومع تقديم الكفالة فلم يذكر في الرواية انه ان جاء به في الاجل فليس عليه مال ومفهوم الشرط انه ان لم يجئ به لزمه المال ولا عبرة بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة وابن ادريس الفرق الا ان تقول ان المفهوم الشرط وايضاً فان المسألة اعم من كون المكفول على الحضور من قتل او زوجية وغيرهما مما لا يعتبر الضمان او على تقدير المال فما جعله الضامن من كل في المال الاولى وحكمنا به في الثانية ومطلقاً في كلام الجماعة اعم من كونه مساوياً للحق الذي على المكفول وزائداً او ناقصاً ومماثلاً له في الجنس ومخالفاً والضمان الذي

ادعوه في بيان الفرق لانتم الا في قليل من هذه الاقسام كما لا يخفي وايضا ليس في العبارة التي ذكرها في المسئلتين لفظ يدل على كفالة صحيحة شرعًا وانما الموجود فيهما ضمان معلق على شرط تقدم او تاخر واما الكفالة فهي مجهوله شرطا ومجرد ذلك لا يكفي في عقد الكفالة ولو قيل انه الي يجوز ذلك بلفظ يدل عليها فتقيد بمثل خارج عن مدلول المسئلتين وبطل اللبس الذي ادعوه في الفرق بينهما واما لفظ الرواية فيمكن منه ان يستفاد كونه كفل كفالة صحيحة قبل ذكر الشرط وجراسكا مما يستفاد من قوله يكفل بنفس الرجل الي اجل فانه لم يات به الخ فانه جعل الشرط متعقبا لكفالة فرضها فلا بد من سبق كفالة على ما ذكر في المسئلتين وهذا التقرير اخرج عبارة الجماعة ثم يقال في دعوي الاجماع على هذا الحكم على تعليله بالشرط المذكور ان الاجماع ان كان على الحكم الذي ظهر سره ومن جملته لزوم المال خاصة في الثانيه فقد عرفت ان القايل به قد خالف نفسه واثبت في غير الكتاب حكما مخالفا لهذا الحكم وهو ان اللازم هو الكفالة وان المال لا يلزم الا اذا لم يحضره وهو في الحقيقة من لوازم الكفالة كما تقدم على بعض الوجوه لا دليل على صحة الضمان فكيف يتحقق الاجماع على مسئلة قد خالف فيها مثل العلامة والمحقق وابن الجنيد والشهيد رحمهم الله ايضا فانه قيد لزوم المال بعدم احضاره في اللمعة وبعض ما حققته على المسئلة وان كان الاجماع وقع على الحكم مع القيد بطل الشرط المذكور ومع ذلك يصير ما خلي عنه من العبارات مخالفا له في الحكم وهو قول اخر في المسئلة ومنها ما نقله فخر الدين رحمه الله عن والده انه حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال ان لم احضره فعلي عشرة دنانير مثلا فهنا لا يلزمه المال اجماعًا لانه التزم بما ليس عليه اما الثانيه فلانه التزم بما عليه وهو الدينار مثلا وكان نقول علي الدينار الذي عليه ان لم احضره ولا يخفي بعد هذا الحمل عن اطلاق المال في الصورتين المتقاربتين

مع ...

بل

بل نقول مقتضي القواعد العربية ان المالين في الصورتين واحد لانه قال في الرواية فعليه كذا وكذا درهما ثم قال الا ان يبدا بالدراهم فاتي معرفة من القواعد المقررة ان اللفظ اذا تكرر وكان الثاني معرفا يكون هو الاول حملا اللام على العهد سواء كان الاول منكرا كقوله تعالي فارسلنا الي فرعون رسولا فعصي فرعون الرسول ام معرفا كقوله فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا ومن هنا قيل لن يغلب عسر يسرين واما الرواية الثانيه فالمال فيها في الصورتين متحد الفرد وهو خمسمايه فلا يصح هذا الحمل على الروايتين ومع ذلك فيرد على المجيب الثاني في دعواه الاجماع على ان المراد هو ما اطلقوه والحال ان هذا قول اخر في المسئلة غير ما سبق وقد صار للعلامة وحده في هذه المسئلة اربعة اقوال هذا احدها والثاني قوله في القواعد لزوم المال في الثانيه مطلقا والثالث في التذكرة لزوم المال ان لم يحضره والرابع في المختلف بقول ابن الجنيد وهو قول يحتاج تقريره الي تطويل فاعرضنا عنه هنا

ومنها ما ذكره المقداد رحمه الله وقال انه حسن لم يذكره احد من الاصحاب وملخصه ان المراد من الاولي الاتيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزام المال ان لم يات وذلك يقتضي صحة الكفالة لتقدمها وما بعدها من المال امر لازم للكفالة لما تقدم من ان مقتضاها لزوم المال للكفيل ان لم يات به واما الثانيه فانها تحمل على ضمان معلق على شرط والشرط متاخر فهي لها مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط وان الضمان تم بقوله على كذا والشرط بعده مناف له فلا يلتفت اليه لانه كتعقيب الاقرار بالمنافي ولا يخفي ما في هذا الفرق من الفساد خصوصًا الكلام في الثانيه وتحريره ان المال المذكور في الشرط اعم من كونه هو المقصود من الكفالة وغيره كما سبق تقريره فكونه قد ذكر لازم الكفالة مطلقا ممنوع واما الحكم بصحة الضمان والغاء الشرط مع اتصاله به وكون الكلام جملة واحدة لا يتم الا باخره

فتحت وقياسه على الاقرار عجيب لان جميع العقود كلها اذا علقت على الشروط المفسدة حكم بفسادها وان تاخر الشرط اجماعًا والاقرار خارج من البين من جهة انه اقرار لا انشا وللاجماع عليه اذا تقرر ذلك فنقول الذي يقتضيه ظاهر الحال في الرواية ان الكفالة وقعت بصورة تامة في الموضعين وتعقيبها ما ذكر من الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها الي قسمين فان المكفل اذا اطلق حمل على معناه الشرعي وانما يتم بذكر لفظ يوجبه وقوله بعده ان لم يات به فعليه كذا وكذا المال يحمل على كون المكفي عنه هو الحق المكفول لاجله عملا بقرينة مقتضيات الكفالة وحينئذ فلا اشكال في الاولي لانه يصير كفيلا ابدًا وما ذكر بعد الكفالة غير مناف ثم ان عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال اذا لم يات به الي الاجل لان مفهومه ان جا به الي الاجل فليس عليه مال انه اذا لم يات به الي الاجل ويكون الاستثنا منقطعًا واذا لم يحصل به اخراج الاتحاد الحكم في المسئلتين وكانه بين ان الحكم هكذا ان قدم الدراهم واخرها وبقي قوله في الرواية الثانيه عليه نفسه ولا شي عليه من الدراهم ناظرا الي نفس حكم الكفالة لا الي ما يترتب عليها عند الاخلال بالاحضار وان لم يعمل بمفهوم الشرط اشكل الفرق بين المقامين بما تقدم واما ان يحمل المال الملتزم عليه هو اعم من الحق فيكون على سبيل الجعالة فيلزمه ما لزمه ان لم يات به في الموضعين باعمال مفهوم الشرط في الاولي والتصريح في الثانيه ويناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالقصاص والزوجية ثم على تقدير كون المال مجانسا للمكفول لاجله ينبغي الحكم باحتسابه منه نظرا الي اقتضاء الكفالة ذلك ولو كان مخالفا احتمل رده اليه بالقيمة ان اتفق وان لم تكن الكفالة لاجل مال فهو التزام وتبرع محض واطلاق الرواية يقتضي صحته وعلى ما قررناه فمخالفة الرواية للاصول ليست كثيرة عند اطلاقها ولو خصصناها بالمال المقصود حصل المقصود وان بقي في عبارة الرواية قصور في البلاغة حيث اخذ

بصيغه ...

لم يجي به اليه فعليه المال و ... فلا فرق بين الصورتين لانه حكم مع الشرط بهذا الحكم ... لانه قال ان بدا بالدراهم ... ان لم ...

الحكم

الحكم في المسئلتين مع كونه قد ردد بينهما الا انه اسهل من مخالفة الاصول بغير موجب ومع هذا فاثبات الاحكام الخارجة على تقدير العمل باطلاقها لا تخلو من بعد لقصور الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام ولقد كنا في سعة من هذا الاختلاف لو اطرحنا امثال هذه الروايات التي هي من شواذ الاحاد وبالله التوفيق

قوله ومن اطلق غريمًا من يد صاحب الحق قهرًا ضمن احضاره او ادي ما عليه لانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها او اداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه وينبغي ان يكون الحكم هنا كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان الا ان يتوقف التجرا اليه وحيث يوخذ منه المال لا رجوع له على الغريم اذا لم يامره بتخليصه اذ لم يحصل من الاطلاق ما يقتضي الرجوع

قوله ولو كان قاتلا لزمه احضاره او دفع الدية لا فرق في ذلك بين كون القتل عمدا او غيره لان القصاص لا يجب الا على المباشر فاذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمدا او مات ثم استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلص وان تمكن الولي منه وجب عليه رد الدية على الغارم وان لم يقتص من القاتل لانها انما وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت وعدم القتل الان مستندا الي اختيار المستحق كان له الرجوع على الذي خلصه لعين ما ذكر في تخليصه من يد المستحق

قوله ولا بد من كون المكفول معينا فلو قال كفلت احد هذين لم يصح وكذا لو قال زيد او عمرو وكذا لو قال بزيد كفلت فان لم يات به فعمرو وهذه الثلاث تشترك في ابهام المكفول فتبطل الكفالة لانه لا يعلم المكفول بعينه ليستحق المطالبة باحضاره ويزيد الثالث ان كفالة عمرو معلقة على شرط وهو عدم الاتيان بزيد فيبطل من هذا الوجه ايضا وكفالة زيد ليست متعينة لان الكفيل جعل لنفسه فسحة في احضار عمرو وان اختار فرجع الي الابهام

ولو كان تخليص الغريم من يد وكيله وتعذر استيفاء الحق من ... قصاصا ... مال واخذ المال او الدية من الكفيل

بتحرير ...

كان بق وهذا اما الاخلاف فيه **قوله** اذا احضر الغريم قبل الاجل وجب تسليمه اذا لا كان
ضرر عليه ولو قيل لا يجب عليه كان اشبه ش القول بوجوب تسليم للشيخ رحمه الله بشرط
انتفا الضرر والاقوى ما اختاره المص من عدم الوجوب لان غير التسليم الواجب ان
لم يجب لم يجد فلا يعتد به ومثله ما لو سلمه في غير المكان المشروط او الذي يحمل الاطلاق
عليه وان انتفى الضرر او كان اسهل لما ذكر **قوله** ولو كان سلمه وكان ممنوعا من
تسلمه بيد قاهر لم يبرا الكفيل ش المعتبر في التسليم التام الذي لا مانع معه بوجه واضح
كامر فلا يعتد بالتسليم الممنوع معه من استيفا الغرض بقاهر وغيره وهو واضح
قوله ولو كان محبوسا في حبس الحاكم تسلمه لانه متمكن من استيفاء حقه وليس
كذلك لو كان في حبس الظالم ش الفرق بين الحبسين واضح فان الحاكم لا يمنعه من
احضاره ومطالبته بحقه بخلاف الظالم فقد يعرض فيه المنع ولا بد من تقييده
بكونه ممنوعا منه فلو كان المكفول له قادرا على تسلمه بما في حبس الظالم بواسطه
مصاحبته للظالم او قوته ونحو ذلك فهو كما لو لم يكن محبوسا وانما اطلق المص
والجماعه ذلك بنا على الغالب من تعذر تسلمه بما ذكر وحيث يكون في حبس
الحاكم وطالب الحاكم باحضاره احضره لمجلسه وحكم بينهما فاذا فرغت الحكومه
رده الى الحبس بالحق الاول ولو توجه عليه حق للمكفول له يوجب الحبس حبسه
بهما وتوقف اطلاقه على تخلصه منهما **قوله** اذا كان المكفول غايبا وكانت الكفالة
حالة انظر بعد ردها بمقدار الذهاب اليه والعود به وكذا لو كانت موجلة
اخر بعد حلولها بمقدار ذلك ش محل الانظار ذلك المقدار بعد مطالبة المكفول
له باحضاره لا بمجرد الحلول والمراد من الغايب هنا من نعرف موضعه ولم
ينقطع خبره فلو لم نعرف لانقطاع خبره لم يكلف الكفيل احضاره لعدم الامكان
فلا شي عليه لانه لم يكفل المال ولم يقصر في الاحضار ولا فرق في الغايب المعلوم محله

من المتجاوز وهذا في العقد وغيره خلافا لبعض العامة **قوله** اذا تكفل بتسليمه
مطلقا انصرف الى بلد العقد وان عين موضعا لزم ولو دفعه في غيره لم يبرا
وقيل اذا لم يكن في نقله كلفه وجب تسليمه وفيه تردد ش اطلق المص رحمه الله وجماعه
انصراف اطلاق الكفالة الى بلد العقد لانه المفهوم عند الاطلاق وهذا التعليل
يتم لو كان محل العقد بلد المكفول له او بلد قرار لاشاني الارادة عرفا فلو كان
برية او بلد غربه قصدهما مفارقته سريعا بحيث تدل القراين على عدم اراد
اشكل انصراف الاطلاق اليه وقد تقدم الكلام على نظيره في السلم الا انهم لم ينقلوا
خلافا هنا وعلى كل حال فالتعيين اولى وحيث يعين او يطلق ويحمل في غير
بلد عينه بغير الشارع لا يجب تسلمه وان انتفى الضرر عملا بالشرط والخالف الشيخ
كما مر في الباب **قوله** لو اتفقا على الكفالة وقال الكفيل لا حق لك عليه
كان القول قول المكفول له لان الكفالة تستدعي ثبوت حق انكار الكفيل
الحق على المكفول له ان يريد به ابتدا بحيث لم يكن وقت الكفالة او
يريد به نفيا الان بان يكون قد اوفاه او ابراه المستحق فان كان الاول وهو
المراد هنا فالدعوى راجعة الى صحة الكفالة وفسادها لان شرط صحتها
ثبوت حق المكفول له عند المكفول والكفيل يدعي فسادها فلا يلتفت
الى قوله لان القاعدة تقديم مدعي الصحة لكن مع يمينه لا يقال يكفي في صحتها
مجرد الدعوى وان لم يكن الحق ثابتا وانكار الكفيل الحق لا ينافي الدعوى
فلا يقتضي بطلان الكفالة لانا نقول انكاره لنفس الدين مع اعترافه بالدعوى
لا يؤثر في سقوط حق الاحضار عنه فلا معنى لانكاره لان غرضه ابطال الكفالة
ليسقط عن نفسه وجوب الاحضار واعترافه بمجرد الدعوى كاف في وجوبه والغرض
من المسئلة انكاره حقا يجوز الكفالة فيكفي فيها احد الامرين الدعوى وما

الدعوى وما تضمنه والحق المنفي في العبارة نكرة تفيد عموم الحق فيشمل الدعوى
وعلى هذا فاذا حلف المكفول له وتعذر على الكفيل احضار الغريم فهل يجب عليه ادا
المال من غير بينة فيه احتمال والاقرب عدم الوجوب لان الكفالة انما تستدعي
ثبوت الحق لا المال نعم لو اقام المدعي البينة بالحق واغرم الكفيل لم يرجع
به على المكفول لاعترافه ببراة ذمته وانه مظلوم وان كان المراد الثاني وهو نفي
الحق عن المكفول الان فان مرجعه سقوط قوله الى سقوط الكفالة عنه الان
وان كانت قد لزمت ابتدا فالقول قول المكفول له ايضا لاصالة بقاء الحق
وسياتي بقية حكمه **قوله** اذا تكفل رجلان برجل فسلمه احدهما لم يبرا الاخر ولو قيل بالبراة
كان حسنا ش ما حسنه المص حسن لان المقصود تسلمه وقد حصل حتى لو سلم
نفسه او سلمه اجنبي برى الكفيل لحصول الغرض فاذا سلمه احد الكفيلين اولى
وهل يشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه ام يكفي الاطلاق بل تسلمه عن نفسه
وجهان يأتي مثلهما فيما لو سلم عن نفسه او سلمه الاجنبي وما يأتي في وجوب قبول المكفول
له وقبضه عن لم يسلم اذ لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه كونه له ومن حصول
الغرض وهو التسليم وظاهر اطلاق المص وجماعة الاجتزاء به مطلقا وهو متجه
والقول بعدم البراة للشيخ رحمه الله محتجا بتغاير الحقين ولانه لا دليل عليه
وهو ضعيف وتظهر الفايدة لو هرب بعد تسليم الاول **قوله** ولو
تكفل الرجلين برجل ثم سلمه الى احدهما لم يبر من الاخر ش الفرق بينه وبين
السابق واضح فان العقد هنا مع الاثنين بمنزلة عقدين فهو كما لو تكفل لكل
واحد منهما على انفراده وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى دين احدهما
فانه لا يبرا من دين الاخر بخلاف السابق فان الغرض من كفالتهما معا احضاره
وقد حصل **قوله** اذا مات المكفول برى الكفيل ش انما برائته بموته فلان

متعلق الكفالة النفس وقد فاتت بالموت كان المتبادر من الكفالة انما هو الاحضار
في حال الحياة فيحمل الاطلاق عليه ويحتمل الفرق بين ان يكون قد قال في عقد الكفالة
كفلت لك حضوره بدنه او حضوره نفسه او حضوره فيجب في الاول احضاره ان
طلبه منه والا فلا ويبني الباقي على ان الانسان ما هو فان كان الهيكل المحسوس
فكذلك والا فلا الا ان هذا يضعف انتقا الفايدة في احضار الميت هنا كله
اذا لم يكن الغرض تعلق العرض على الشهادة على صورته والا وجب احضاره
ميتا مطلقا حيث يمكن الشهادة عليه بان لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف
ولا فرق في ذلك بين كونه قد دفن وعدمه لان ذلك مستثنى من تحريم نبشه
قوله ولو كان لو جا المكفول وسلم نفسه ش اي سلم نفسه للمكفول له تسليما
تاما فان الكفيل يبرا بذلك لحصول الغرض وهو رده الى المكفول له ولا فرق
بين وصوله اليه بيده او بالكفيل وغيره وفيه في التذكرة بما اذا سلم نفسه عن جهة
الكفيل فلو لم يسلم نفسه من جهته لم يبرا لانه لم يسلمه اليه ولا احد من جهته
واطلق في موضع اخر منها البراة كما هنا وهو اجود ولو سلمه اجنبي عن الكفيل فكذلك
ولو لم يكن عنه فالوجهان الا انه في التذكرة جزم هنا بالتفصيل وزاد انه لا
يجب على المكفول له قبوله الا ان يكون التسليم صادرا عن اذن الكفيل
محتجا بعدم وجوب قبض الحق الا من عليه لكن لو قيل برى الكفيل وفي غيره
الغرض نظرا الى اطلاق المص وجماعه لقيتضى عدم الفرق ولعله اوجه وكلام
التذكرة مختلف وشائبه بعض الشرائح عند الشافعية فانه لابن تضمنه
الا ان عبارته وقعت مختلفة **قوله** لو قال الكفيل ابرات المكفول
فانكر المكفول له كان القول قوله مع يمينه فلو رد اليمين الى الكفيل فحلف
برى من الكفالة ولم يبرا المكفول من المال ش انما كان القول قول المكفول

لا اصالة بقاء الحق مع اعتراف الكفيل بثبوته ابتداء لاقتضاء دعوى الاقتضاء براءة
ذلك هذا مع عدم البينة للكفيل على الابراء اما ان يحلف المكفول له على بقاء الحق
او يرد اليمين على الكفيل فان حلف برئ من دعوى الكفيل وثبتت الكفالة ثم اذا
جاء المكفول فادعى البراءة ايضا لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل
بل عليه يمين اخرى لان هذه الدعوى مستقلة مغايرة لتلك فان دعوى الكفيل انما كانت
براءة نفسه وان لزمها بالعرض دعوى براءة المكفول فان لم يحلف ورد اليمين
على الكفيل وهو القسم الذي ذكره المصنف فحلف الكفيل برئ من الكفالة ولا يبرأ
المكفول من المال لما ذكرناه من اختلاف الدعويين ولان الانسان لا يبرأ
من الحق بيمين غيره نعم اذا حلف المكفول اليمين المردودة برئا معا وان كان
قد حلف المستحق اولا للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول
فتسقط الكفالة كما لو ادى الحق وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف هو
برئا معا **قوله** لو كفل الكفيل آخر وترتبت الكفالة جاز ش لما كان ضابط جواز
الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالا صح كفالة الكفيل من كفيل ثان
لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له وهو احضار المكفول الاول وهكذا القول
في كفالة الكفيل وهكذا وهو معنى الترامي ثم يختلف حكم الاحضار فيهم فانه متى
احضر الكفيل الاول مكفوله برئ الجميع لانهم فرعه وان احضر الكفيل الثاني الكفيل
الاول برئ هو ومن بعده من الكفالة وهكذا ولو ابرأ المكفول الاول
غريمه المكفول الاول وهو الاصيل برئ الجميع لزوال الكفالة بسقوط الحق
ولو ابرأ غريم من كفالته اي اسقط عنه حق الكفالة برئ من بعده دون من
قبله ومتى مات واحد منهم برئ من كان فرعا فيموت من عليه الحق يبرؤن جميعا
ويموت الكفيل الاول يبرئ من بعده ويموت الثاني يبرأ الثالث ومن بعده دون

الكفيل الاخير بمكفوله برئ من الكفالة خاصة وبقي على مكفوله احضار من كفله وهكذا ولو احضر صح

من قبله وهكذا موت الثالث يبرئ من بعده ولا يبرئ الاولان وقد تقدم في الضمان
والحوالة ورود الترامي والدور فيهما اما الكفالة فلا يصح دورها وان صح ترامیها
لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله وان تعدد فلا معنى لمطالبته باحضار
من كفله **قوله** ولا تصح كفالة المكاتب على تردد ش القائل بعدم صحة كفالة
المكاتب الشيخ رحمه الله بناء على اصله المنكر من جواز الكتابة المشروطة من قبله
فلا يتعين عليه اداء مال الكتابة فلا تصح كفالته لان الغرض منها حضوره للاداء
ما عليه وقد تقدم ما يدل على الصحة ويرتفع هنا انه اما عبد او مديون وكلاهما يجوز
للكفالة وموجب للاحضار وقد عرفت ان الخلاف في المشروطة خاصة وان المطلق
في جميع المواضع **قوله** ولو كفل براسه او بدنه او بوجهه صح لانه قد يعبر
بذلك عن الجملة عرفا ولو تكفل بيده او برجله واقتصر لم يصح اذ لم يمكن احضار
ما شرط مجردا ولا يسري الى الجملة ش الاصل في الكفالة ان يتعلق بذات المكفول
بان يقول كفلت لك فلانا او انا كفيل به او باحضاره لان الغرض الذاتي منها
احضاره حيث يطلبه المكفول له وفي حكم ذاته نفسه وبدنه لانهما بمعنى واحد
في العرف العام وان اختلف في الحقيقة تحقيقا واما الوجه والراس فالمراد
منهما بحسب الوضع الجزء المخصوص منه الا انهما قد يطلقان عرفا على الجملة فيقال
وسعي راسه ووجهه ونحو ذلك ويراد ذاته وجملته وقد اطلق المصنف رحمه الله
الحكم بصحة الكفالة حيث تعلق بهما حملا على المتعارف والحق العلامة بهما
الكبد والقلب وكل عضو لا تبقى الحيوة بدونه والجزء الشائع فيه كثلثه وربعه
لانه لا يمكن احضار المكفول الا باحضاره كله وفي الكل نظر اما الاول فلان
العضوين المذكورين وان كانا لا يطلقان على الجملة الا ان اطلاقهما على انفسهما
خاصة ايضا شايع متعارف ان لم يكن اشهر وحفظ اللفظ المحتمل للمعنيين

على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط واصالة البراءة من لوازم العقد غير
واضح نعم لو صرح بارادة الجملة من الجزء اتجهت الصحة كارادة احد معنيي
المشترك كما انه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعا بل كالجزء الذي
لا يمكن الحيوة بدونه بالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على احدهما
وعند ذلك لا يصح تعليل الصحة بانه قد يعبر بذلك عن الجملة واما الثاني وهو الاجزاء
التي لا يعيش بدونها وما في حكمها فلان احضارها وان كان غير ممكن بدونها الا
ان ذلك لا يقتضي صحة العقد لان المطلوب من الكفالة هو المجموع او ما يطلق عليه
كما في السابق على تقدير ثبوته اما اذا تعلق ببعضه فلا دليل على صحته وان
توقف احضار الجزء المكفول على الباقي لان الكلام في مجرد احضاره بل في
احضاره على وجه الكفالة الصحيحة فوجوب احضاره لا يتعلق بالكفالة بل
يتبع على صحة كفالة الجزء الذي تعلقت به وليس هو المطلوب شرعا بل في الجملة
فلا يتم التعليل ولا اثبات الاحكام الشرعية المتلقاة من الشرع بمثل هذه
المناسبات ولو جاز اطلاق الاجزاء على الجملة مجازا لم يكن ذلك كافيا لكونه
غير متعارف مع ان في المتعارف ما قد سمعت وحينئذ فالقول بعدم الصحة
اوضح واما الجزء الذي تبقى الحيوة بعد زواله ولا يطلق عليه اسم الجملة كاليد
والرجل فعدم الصحة فيه اشد وضوحا كما جزم به المصنف واشكل فيه في
القواعد مما ذكره من عدم امكان احضاره على حالته بدون الجملة فكان
كالراس والقلب ولا يبعد القول بالصحة فيه لمن يقول بها فيما سبق وان
كان الحكم فيه اضعف **قوله كتاب الصلح**
وهو عقد شرع لقطع التجاذب الاصل في عقد الصلح انه موضوع لقطع
التجاذب والتنازع بين المتخاصمين قال الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها

ودلك الجزء

كتاب الصلح

نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا وقال تعالى وان طائفتان
من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما لكنه عندنا قد صار عقدا مستقلا بنفسه
لا يتوقف على سبق خصومة بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم كان كالبيع
في افادة نقل الملك وعلى منفعة كان كالاجارة الى غير ذلك من احكامه لاطلاق
النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومة كقول النبي صلى الله عليه وآله الصلح جائز
بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقول الصادق ع الصلح
جائز بين الناس والاصل في العقود الصحة وللامر بالوفاء بها وهذا من الجملة
فان قيل مقتضى قول المصنف كغيره انه شرع لقطع التجاذب اشتراطه بسبق
خصومة كما يقوله بعض العامة لان القاطع للتجاذب مسبوق به قلنا لا
يلزم من اصل كون شرعيته لذلك ثبوته في كل فرد من افراده كما
اشرنا اليه سابقا من ان القواعد الحكمية لا يجب اطرادها في كل فرد كالقصر
في السفر فان الاصل فيه وجود المشقة بدونه فيثبت مع عدمها في كثير
من افراده خصوصا مع وجود النصوص المتناولة او عمومها لما لا
نزاع فيه فان قيل السفر اي المسافة مظنة المشقة والقصر تابع لها بخلاف
الصلح فانه لم يعلق بما هو مظنة التجاذب بل اجري مجرى فيما لا تعلق له بالمنازعة
اصلا قلنا الموجب لاثبات الصلح وشرعيته امران كما قد عرفت سابقا
احدهما يدل على انه موضوع لقطع التنازع من غير ان يدل على انحصاره فيه
والاخر يدل باطلاقه على جوازه مطلقا فيجوز حينئذ ان يكون اصل
شرعيته لقطع التنازع مع عدم انحصاره فيه لما دل عليه الادلة ثم يرجع
الامر الى ان الاصل فيه ذلك الحكم لكنه تعدى الى غيره بالدليل كما ان الاصل
في القصر كان السفر والخوف تخفيفا على المكلف كما دلت عليه الاية ثم تعدى الى الاخوف فيه

القطع

باطلاقها

ولا مشقة بل الى ما لا يسمح فيه ايضا على بعض الوجوه كالمؤجل والعزيز ونحوهما
او كالفسخ بالعيب الذي هو نقصان في الخلقة لان من ظنه نقصان القيمة ثم
عدي الى ما لا نقصان معه بل الى ما فيه زيادة كالخصي الى غير ذلك من الاحكام وبالجملة
فالمرجع في اثبات الحكم الشرعي الى الدليل الدال عليه لا الى الحكمة التي شرع
لاجلها وهو اعم من موضع النزاع قوله وليس فرعا على غيره ولو افاد فايدته
نبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله في المبسوط حيث قال انه فرع على عقود خمسة
وهو مذهب الشافعي فجعله فرع البيع اذا افاد نقل الملك بعوض معلوم
وفرع الاجارة اذا وقع على منفعة مقدرة بمدة معلومة بعوض معلوم
وفرع الهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض وفرع العارية اذا تضمن اباحة
منفعة بغير عوض وفرع الابراء اذا تضمن اسقاط دين او بعضه ونبه
بقوله وان افاد فايدته على ان افادة عقد فايدة عقد اخر لا يقتضي كونه
من افراده مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه كغيره من العقود
فعلى المختار هو عقد لازم لدخوله في عموم الامر وعلى قول الشيخ يلحقه حكم
ما الحق به من العقود في ذلك الفرد الذي الحق به فيه قوله ويصح مع الاقرار
والانكار هذا عندنا موضع وفاق وللاطلاق والنصوص الدالة عليه ونبه
بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه مع الانكار نظرا الى انه عاوض على
ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ونحن نمنع بطلان المعاوضة
على ما لم يثبت بالصلح فانه غير المتنازع والفرق بينه وبين البيع ظاهر فان ذلك
تصرف في مال الغير بما دونه بخلاف هنا ولانه مبنى شرعيته عندنا وعنده
على قطع التنازع وهو شامل للحالين وصورة الصلح مع الاقرار ظاهرة واما
مع الانكار فبان يدعي شخص على غيره دينا او عينا فينكر المدعى عليه فيصالحه

على مال اخر او على بعض المدعى به او على غير ذلك من منفعة وغيرها والمراد بصحة الصلح
مع الانكار صحته بحسب الظاهر واما بحسب نفس الامر فلا يستبيح كل منهما ما
وصل اليه بالصلح وهو غير محق فاذا انكر المدعى عليه المدعى ظاهرا او صولح على
قدر بعض ما عليه في الواقع او بعض العين او بمال اخر لم يستبح المنكر ما بقي
له من مال المدعي عينا او دينا حتى لو كان قد صالح عن العين بمال اخر فهي باجمعها
في يده مغصوبة ولا يستثنى له مقدار ما دفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر
وكذا لو انعكس وكان المدعي مبطلا في نفس الامر لم يستبح ما صولح به من عين
ودين وانما حكمنا بالصحة بحسب ظاهر الشرع لاشتباه المحق من المبطل
لان هذا كله اكل مال بالباطل وانما صالح المحق المبطل دفعا لدعواه الكاذبة
وقد يكون ليدفع بالصلح ضررا عن نفسه او ماله ومثل هذا لا يعد تراضيا
يبيح اكل مال الغير نعم لو كانت الدعوى مستندة الى قرينة تجوزها كما لو وجد
المدعي بخط مورثه ان له حقا على احد او شهد له من لا يثبت بشهادته
الحق ولم يكن المدعي عالما بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على
اسقاطها بمال او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين
حق يصح الصلح على اسقاطها ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث
يتوجه اليمين على المنكر فلا يمكن رده قوله الا ما احل حراما او حرم حلالا
هذا لفظ الحديث النبوي وفسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر او استباحة
بضع لا سبب لاباحته غيره او ليشرب احدهما الخمر ونحو ذلك وتحريم الحلال بان
لا يطأ احدهما حليلته او لا ينتفع بماله ونحو ذلك والاستثناء على هذا منفصل
لان الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا وباطنا وفسر بصلح المنكر على بعض المدعى او
منفعته او بدله مع كون احدهما عالما ببطلان الدعوى كما سبق تحريره والاستثناء

عليه متصل قطعا للحكم بصحته ظاهرا وانما هو فاسد في نفس الامر والحكم بالصحة والبطلان
انما يطلق على ما هو الظاهر ويمكن كونه متصلا نظرا الى بطلانه في نفس الامر
وهذا المثال يصلح للامرين معا فانه محلل للحرام بالنسبة الى الكاذب ومحرم
للحلال بالنسبة الى المحق قوله وكذا يصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة
فيه ومع جهالتهما به دينا كان او عينا الحكم مع علمهما به واضح من حيث صحة
العقد لارتفاع الجهالة ويبقى في المبطل منهما عند ما سلف واما مع جهلهما
بمقداره بحيث يتعذر عليهما علمه فعندنا انه جائز ايضا وهو مروي في الصحيح عن الباقر
والصادق عليهما السلام انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري
كل منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي
فقال لا بأس بذلك ولان الحاجة تمس الى تحصيل البراءة مع الجهل ولا وجه الا الصلح
ولو كان احدهما عالما به دون الاخر فان كان الجاهل المستحق لم يصح الصلح
في نفس الامر الا ان يعلمه بالقدر او يكون المصالح به قدر حقه مع كونه غير متعين
ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق لا بالصلح وقد روى ابو حمزة عن الكاظم عليه السلام
في يهودي او نصراني كان له عنده اربعة الاف درهم فمات اصالح ورثته
ولا اعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى تخبرهم نعم لو رضي صاحب الحق باطنا بالصلح
بذلك القدر ولو علم قدر حقه صح الصلح لحصول الرضا الباطني قطع به
في التذكرة ولو انعكس الفرض بان كان المستحق عالما بالقدر والغريم جاهلا
ويريد التخلص منه لم يصح الصلح بزيادة عن الحق بل بقدره فما دونه عكس الاول
واعلم ان تقييد الاقسام بكون المصالح عليه متنازعا فيه غير لازم بل الحكم آت
في مطلق التصالح وان لم يكن بمنازعة مع علمهما بما يتصالحان عليه وجهلهما
به كالوارث يتعذر عليه علم مقدار حصته وشريكه لامتزاج ماله بمال الاخر بحيث

لا يتميز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك ولو علم احدهما وجب اعلام الاخر
او ايصال حقه اليه كما قررناه ولو كان جهلهما بقدره لتعذر المكيال والميزان
ومست الحاجة الى نقل الملك فالاقرب جوازه وهو خيرة الدروس قوله
وهو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه هذا مبني على ما سلف من كونه
اصلا بنفسه فيكون لازما لعموم الامر بالايفاء بالعقود والمقتضي لذلك الا
ما اخرجه دليل خارج ويجيء على قول الشيخ انه جايز في بعض موارده كما اذا كان
فرع العارية والهبة على بعض الوجوه والسكنى كذلك كما اذا لم يقيد بوقت
وبالجملة فانه عنده يلحقه حكم ما افاد فايدته من تلك العقود قوله الا ان
يتفقا على فسخه يعني دخول الاقالة فيه كما تدخل في البيع فاذا اتفقا على
التقايل وقعا فيبطل العقد فاطلاق استثناء اتفاقهما على فسخه من
لزومه محمول على ما ذكرناه لا انهما اذا اتفقا عليه صار العقد جايزا لان في
قوته حيث ان امره بينهما كما ان البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجواز باتفاقهما
على التقايل قوله واذا اصطلح الشريكان على ان يكون الربح والخسران على احدهما
وللاخر راس ماله صح هذا اذا كان عند انتهاء الشركة وارادة فسخها فتكون
الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء
اما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة والمستند صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام
في رجلين اشتركا في مال وربحا فيه ربحا وكان من المال دين وعين فقال
احدهما لصاحبه اعطني راس المال والربح لك وما توى فعليك فقال لا بأس اذا
شرطا وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لكنه مطلق
قوله ولو كان معهما درهمان فادعاهما احدهما وادعى الاخر احدهما كان لمدعيهما
درهم ونصف وللاخر ما بقي المراد بكونهما معهما كونهما تحت يدهما لتتساويا

في الدعوي اذ لو كانا في يد مدعي الدرهمين تقدم قوله فيهما بيمينه ولو كانا في يد
مدعي الدرهم تقدم قوله فيه بيمينه واما اذا كانا تحت ايديهما فانه يقضي لمدعيهما
بدرهم لعدم منازعة الاخر فيه ويثبتا وبان في الدرهم الاخر لان لكل واحد منهما
صاحب يد ودعوي لجميعه فيقسم بينهما والمستند مع ذلك رواية عبد الله بن
المغيرة عن غير واحد عن الصادق عليه السلم قال في الدروس ويشكل انه ادعى الثاني
النصف مشاعا فانه يقوي القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول وكذا في كل
مشاع مال ولم يذكر الاصحاب هنا يمينا وذكروها اي المسئلة في باب الصلح فجاز
ان يكون ذلك الصلح قهريا وجاز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين مع
ان العلامة قال في التذكرة والاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على
استحقاق نصف الاخر الذي تصادمت دعواهما فيه وهو ما في يده فمن نكل منهما
قضي به للاخر ولو نكلا معا او حلفا معا قسم بينهما نصفين وما قربه حسن
لعموم واليمين على من انكر قوله وكذا لو اودعه انسان درهمين واخر درهما
وامتزج الجميع ثم تلف درهم اي تلف بغير تفريط لينحصر حقهما في الدرهمين الباقيين
والحاق هذه بما قبلها هو المشهور بين الاصحاب ومستنده رواية السكوني عن
الصادق عليه السلم ويشكل الحكم مع ضعف المستند بان التالف لا يحتمل كونه منهما
بل من احدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول
بالقرعة ومال اليه في الدروس الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب ومقتضى الرواية
انه يقسم كذلك وان لم يتصادم دعواهما في الدنيا ودائها لا يمين وكذا اذا لم
يذكر الاصحاب هنا يمينا بناء على كون الحكم المذكور قهريا كما ذكر في الدروس
في المسئلة السابقة وربما امتنعت اليمين هنا اذا لم يعلم كل منهما بعين حقه
ولو كان بدل الدراهم مال يمتزج اجزاؤه بحيث لا يتميز وهو متساويها كالحنطة

والشعير

والشعير وكان لاحدهما قفيزان مثلا وللاخر قفيز وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير اختيارهما
فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث وللاخر
ثلثا قفيز والفرق ان الذاهب هنا عليهما معا بخلاف الدراهم لانه حق لاحدهما خاصة
قطعا قوله ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللاخر ثوب بثلثين ثم اشتبها
فان خير احدهما صاحبه فقد انصفه وان تعاسرا بيعا وقسم بينهما واعطي
صاحب العشرين سهمين من خمسة وللاخر ثلثة ش هذا الحكم كالسابق مشهور بين الاصحاب
ومستنده رواية اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلم انه قال في ثوبين احدهما بعشرين
والاخر بثلاثين فاشتبها باعا فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن
والاخر خمسا الثمن وان خير احدهما صاحبه فقد انصفه والمص رحمه الله عمل بمقتضى
الرواية من غير تصرف وقبله الشيخ وجماعة وفصل العلامة فقال ان امكن بيعهما منفردين
وجب ثم ان تساويا فلكل واحد ثمن ثوب ولا اشكال وان اختلفا فالاكثر لصاحبه
وكذا الاقل بناء على الغالب وان امكن خلافه الا انه نادر لا اثر له شرعا فان لم يكن
صارا كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على
راس المال وعليه تنزل الرواية وانكر ابن ادريس ذلك كله وحكم بالقرعة
لانها لكل امر ملتبس وهو هنا حاصل وهو اوجه من الجميع لولا مخالفة المشهور
وظاهر النص مع انه قضية في واقعة فيمكن قصرها عليها والرجوع الى الاصول
الشرعية وما ذكره المص من التفصيل من البناء على الغالب ليس اولى من القرعة
لانها دليل شرعي على هذه الموارد ومن الجائز اختلاف الاثمان والقيم بالزيادة
والنقصان لاختلاف الناس في المكايسة والمماكسة وعلى تقدير العمل بالرواية
يقصر حكمها على موردها فلا يتعدى الى الثياب المتعددة ولا الى غيرها
من الامتعة والاثمان مع احتمال التساوي الطريق واستقربه في الدروس

القرعة في غير مورد النص وهو حسن ولو قيل فيه كما اختاره ابن ادريس كان حسنا
ايضا قوله واذا بان احد العوضين مستحقا بطل الصلح ش المراد به المعين في
العقد لانه المتبادر من العوض في المعاوضة ولو كان مطلقا رجع ببدله كما
في البيع ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ وفي تخيره بينه وبين الارش وجه ولو ظهر غبن لا
يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان اجودهما ذلك دفعا للاضرار وان لم
نحكم بالقرعة وهو خيرة الدروس وقد تقدم في خيار العيب من البيع انه لا نص عليه
بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الادلة العامة قوله
ويصح الصلح على عين بعين او منفعة وعلى منفعة بعين او منفعة حيث كان الصلح مفيدا
لفائدة العقود المتقدمة ومتعلق بعضها العين وبعضها المنفعة لم يمتنع
من صحة ما ذكره هنا ولا يختص جوازه بما ذكر بل لو صالح على مثل اسقاط خيار او على
حق اولوية في تحجير وسوق ومسجد صح ايضا للعموم قوله ولو صالح على دراهم
بدنانير او بدراهم صح ولم يكن فرعا البيع في نقل الاعيان بعوض فيلحقه حكمه فلو
كانا العوضان من الاثمان لحقه حكم الصرف من اشتراط التقابض في المجلس
ولما كان الاصح استقلاله بنفسه لم يترتب عليه حكم البيع هنا لاختصاص حكم
الصرف ببيعها من حيث الصرف اما من حيث الربا فان الاقوى ثبوته في كل معاوضة
والصلح احدهما ولا بد من استثنائه من قوله على دراهم بدراهم صح قوله ولو اتلف
على رجل ثوبا قيمته درهم فصالحه عنه على درهمين صح على الاشبه لان الصلح وقع
عن الثوب لا عن الدرهم ش هذا انما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ليكون
الثابت في الذمة ثوبا ويكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته
فاللازم لذمة المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل
وهو الاقوى قوله ولو ادعى دارا فانكر من هي في يده ثم صالحه المنكر على سكني

سنة

سنة صح ولم يكن لاحدهما الرجوع وكذا لو اقر له بالدار وقيل له الرجوع لانها هنا
فرع العارية والاول اشبه ش الخلاف هنا مع الشيخ كما تقدم حيث جعله مع
كونه متعلقا بالمنفعة بغير عوض فرع العارية فيلزمه حكمها من جواز الرجوع
فيه والاقوى عدمه للزومه واصالته وانما قيد المص بانكار من هي في يده مع
جواز الصلح مع الاقرار والانكار ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند
الشيخ لانه اباحة منفعة بغير عوض اما لو اقر له بها فان الصلح وان جاز الا
ان المنفعة يقابلها عوض وهو العين فلا يتحقق العارية لان الشافعي
لما شرط في صحة الصلح الاقرار وجعله فرعا على العقود الخمسة مثل العارية
بما ذكره هنا مع كون المدعى عليه مقرا بها ووجهه ان العوضين من واحد
فكان الحكم راجعا الى العارية قوله ولو ادعى اثنان دارا في يد ثالث بسبب
موجب للشركة كالميراث فصدق المدعى عليه احدهما فصالحه على ذلك النصف
بعوض فان كان باذن صاحبه صح الصلح في النصف اجمع وكان العوض بينهما
وان كان بغير اذنه صح في حقه خاصة ش اذا اتفق المدعيان على كون سبب
ملكهما مقتضيا للشركة فاقرار المتشبث لاحدهما مقتض لشاركهما فيما اقر به
وان لم يصرح بهما على السبب الذي ادعيا به لان مقتضى السبب كالميراث
ذلك لاتفاقهما على ان البعض كالكل يستوي ملكهما فيه فيمتنع استحقاق المقر
له النصف دون الاخر كان الغائب يكون ذاهبا عليهما بمقتضى اقرارهما
والحاصل ان اشتراكهما في المقر به يثبت من جهة اعترافهما بما يوجب
الشركة لا من جهة الاقرار فلا يؤثر فيه تخصيص المقر احدهما بالملك وحينئذ
فاذا صالح المقر له المتشبث على النصف المقر به فان كان الصلح باذن شريكه
صح في جميعه بجميع العوض والا ففي صحة المصالح خاصة بنسبتها من العوض

وبقي باقي النصف ملكا للشريكين **قوله** اما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة لم يشتركا فيما يقر به لاحدهما كما لو ادعى النصف بسبب الارث مثلا والاخر بالشراء فان ملك احدهما لا يستلزم ملك الاخر فلا يقتضي الاقرار لاحدهما بما يدعيه مشاركة الاخر اياه ومثله ما لو ادعى كل منهما اشتراء النصف من غير تقييد بالمعية نعم لو قالا اشتريناه معا او اتهبنا وقبضنا معا ونحو ذلك فقد قرب في التذكرة انه الحكم فيه كالاول لاعتراف المقر بان السبب المقتضي للتملك قد اقتضى تملك الاخر ويحتمل العدم لان تفرق الملك ممكن لان الشيء بعد الوجه بمنزلة الصفقتين هذا الاعتبار ماذكره المص وجماعة في القسمين وفيه بحث لان هذا لا يتم الا على القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يحملونه اطلاقه على ملك البائع والمصالح حتى لو باع غير ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا انصرف الى نصيبه ووجهوه بان اللفظ من حيث هو وان تساوت نسبته الى النصفين الا انه امر خارج قد رجح انصرافه الى النصف المملوك للبائع نظرا الى ان اطلاق البيع انما يحمل على المتعارف في الاستعمال وهو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين ولا يجري ذلك الا في المملوك بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك الغير بشيء فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره وح فاللازم ان ينصرف الصلح الى نصيب المقر له خاصة فيصح في جميع الحصة بجميع العوض وتبقى المنازعة بين الاخر والمتشبث هذا ان وقع الصلح على النصف مطلقا او النصف الذي هو ملك المقر له اما لو وقع على النصف الذي اقر به المتشبث توجه قول الجماعة لان الاقرار منزل على الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون تابعا له فيهما وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم ليلا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها وهذا توجيه حسن لم ينبهوا

عليه وانما ذكر الشهيد رحمه الله في بعض تحقيقاته احتمال انصراف الصلح الى حصة المقر له من غير مشاركة الاخر مطلقا وتبعه عليه الشيخ علي رحمه الله وربما فرق في مسألة الارث بين كون الصلح قبل قبض التركة وبعده لان الحاصل منها قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الورثة والتالف يحسب عليهم وكانه لم يكن وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم وهذا الفرق انما يتم لو قبض احد الوارثين شيئا من اعيان التركة او باعه اما الصلح فيبنى على ما لو صالح احد الشريكين في الدين على حقه فيه هل يختص بالعوض ام لا والظاهر الاختصاص لان الذاهب لا يخرج عن كونه حقا له والصلح لم يقع على عين خاصة حتى يشتركا في عوضها وانما وقع على حقه وهو امر ممكن نقله بعوض وغير عوض فالبحث السابق اتٍ في مسألة الارث قبل القبض وبعده وبما ذكرناه يعلم حكم المدعى المذكور الذي قد صولح على بعضه لو كان دينا فانه قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض احد الشريكين في الدين حصته بالصلح وقد تقدم الكلام فيه في باب القرض ويأتي فيه في كتاب الشركة مزيد بحث **قوله** ولو ادعى عليه فانكر فصالحه المدعي على سقي زرعه او شجره بمائه قيل لا يجوز لان العوض هو الماء وهو مجهول وفيه وجه اخر ما حل بيع ماء الشرب **هـ** القول بالمنع للشيخ رحمه الله محتجا بجهالة الماء والجواز اقوى مع ضبطه بمدة معلومة ومثله ما لو كان الماء معوضا مع ان الشيخ جوز بيع ماء العين والبئر وبيع جزء مشاع منه وجوز جعله عوضا للصلح ويمكن ان يكون منعه من الصلح على السقي المذكور مطلقا كما يدل عليه الاطلاق والماء فيه مجهول لا يدخل في احد الاقسام لانه لم يستحق جميع الماء ولا بعضا منه معينا والماء المستحق سقيا لا يعرف قدره ولا مدة انتهائه ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة وهو لم يصرح بالمنع ح ولو تعلق الصلح بتقييده ايام لم يتعد الصحة لان جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح **قوله** اما لو صالحه على اجراء الماء على سطحه او ساحته صح

بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه **هـ** المراد بعلم الموضع الذي يجري منه ان يقدر مجراه طولا وعرضا لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض ولا فرق في صحة ذلك بين جعله عوضا بعد المنازعة وبين ايقاعه ابتداء وقد اطلق المص وغيره حكم الماء من غير ان يشرطوا مشاهدته ليرتفع الغرر وهو لا باس باعتباره لاختلاف الاعراض بقلته وكثرته ولو كان ما مطر اعتبر بكبر محله وصغره فمعرفته تكون بمعرفة محله وحيث يقع الصلح او يحتاج الساقية الى اصلاح وجب على المالك الاصلاح لتوقف الحق عليه وليس على المصالح مساعدته **قوله** واذا قال المدعى عليه صالحني عليه لم يكن اقرارا لانه قد يصح مع الانكار **هـ** اشار بالتعليل الى الرد على بعض العامة حيث زعم ان الصلح لا يصح الا مع الاقرار وفرع عليه ان المدعى عليه قبل الاقرار لو قال صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه اقرارا لانه طلب منه التمليك وذلك يتضمن الاعتراف بالملك فصار لو قال ملكني ولما كان عندنا الاصل ممنوعا لجواز الصلح مع الاقرار والانكار لم يكن طلبه اقرارا **قوله** اما لو قال بعني او ملكني كان اقرارا لانه صريح في التماس التمليك وهو ينافي كونه ملكا له لاستحالة تحصيل الحاصل ولا شبهة في كونه اقرارا بعدم ملك المقر وكونه ملكا للغير في الجملة اما كونه ملكا لمن طلب منه البيع والتمليك ففيه نظر اعم من كونه ملكا اذ قد يكون وكيلا واذا احتمل اللفظ الامرين لم يحصل المقتضي للملك الذي كان منتفيا بالاصالة عدمه وبالجملة فمرجع الاقرار الى كونه مالكا للبيع لانه اخص ولا دلالة للعام على الخاص نعم لو اقترن بذلك كون المطلوب بيعه تحت يد المخاطب ترجح جانب ملكه لدلالة اليد على الملكية والاصل عدم مالك اخر وقد تنبه لذلك العلامة في المختلف والشهيد في الدروس وهو قوي ومع ذلك ففيه ما لو عاد اقر به لاخر ثبت له ولم يغرم للاول اذ لم يحكم له به **قوله** ويجوز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية



عالية لا تضر بالمارة **هـ** الروشن والجناح يشتركان في اخراج خشب من حائط المالك الى الطريق بحيث لا يصل الى الجدار المقابل ويبنى عليها ولو وصلت فهو الساباط وربما فرق بينهما بان الاجنحة يضم اليها مع ما ذكر انه يوضع لها اعمدة من الطريق والمرجع في الضرر وعدمه الى العرف ويعتبر في المارة ما يليق بتلك الطريق عادة فان كان مما يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه حال الاعادة واعتبر في التذكرة مرور الرمح ناصبا رمحه لانه قد يزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ونفاه في الدروس لندوره ولامكان اجتماعهم مع امالته على وجه لا يبلغهم وهو اقوى وان كانت مما يمر فيها الابل اعتبر مرورها بهما محملا ومركوبا وعلى ظهره محملا ان امكن مرور مثل ذلك عادة وهكذا يعتبر ما يجري العادة بمروره على تلك الطريق وتقييده بتضرر المارة يدل بمفهومه على عدم اعتبار تضرر غيرهم كما لو تضرر جاره بالاشراف عليه فانه لا يمنع لاجله كما لا يمنع لو كان وضعه في ملكه واستلزم الاشراف عليه خلافا للتذكرة حيث الحق الاول بتضرر المارة وفرق بينه وبين وضعه في ملكه بان الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرر لان الهواء ليس ملكه بخلاف الموضوع في ملكه لان للانسان التصرف في ملكه كيف شاء وان استلزم الاشراف على الجار او الظلمة وانما يمنع من الاشراف لا من التعلية المقتضية لامكانه قال ولست اعرف في هذه المسألة بالخصوصية نصا من الخاصة ولا من العامة وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد وفيه نظر لان المعتبر في الموضوع في الطريق عدم الاضرار باهل الطريق لانه موضوع للاستطراق فيمنع مما ينافيه اما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه بل قد تقدم انه لا يمنع مما يضر بغيره ممن يحتاج سلوكه خاصة فضلا عن غير المار والجار خارج عن ذلك كله فلا

تصريح من العلامة بجواز الاجتهاد من غير نص

وجب المنع مما يقتضي اضرارا كما لو احدث بنا في صباح بقابله واستلزم الاشراف عليه وكلام العلامة وغيره وحيث قيدوا الضرر بالمانع دليل وانما هو الضرر في غير خاصه **قوله** ولو عارض فيها مسلم علي الاصح، شبه بالاصح علي خلاف الشيخ رحمه الله حيث شرط في جوازه وضعه عدم معارضة احد من المسلمين لانه حق لجميع المسلمين فيمنع بمعارضة واحد منهم لم فيه ولانه لو سقط منه شي ضمن به بلا خلاف وهو يدل علي عدم جوازه الا بشرط الضمان ولانه لا يملك القرار وانما يملك الهوا فلما لكل القرار المعارضة وهو مذهب ابي حنيفه ايضا واجيب بان الفرض عدم التضرر بالمارة فالمالك منهم معاند ومن غيرهم لا حق له ولاتفاق الناس عليه في جميع الاعصار والامصار من غير نكير وسقيفة بني النجار ساعده وبني النجار اشهر من الشمس في رابعة النهار وقد كانتا بالمدينة زمن النبي صلي الله عليه واله والروشن خارج في عدم اعتبار معارضة المسلم جائز فليس له منعه فالمخرج هو اولي بكون الهوا بينهما بل ايهما سبق استحق وللاخر اخراج روشن فيما بقي من الهوا وليس للاول منعه وان استلزم الاشراف عليه الا علي القول السابق وكذا يجوز للثاني الاخراج فوقه وتحته اذا لم يضر به وحد في العلو ان لا يضر بالمارة في الاول وان لم يكن له سقف او علي سقفه ان كان ولو اظلم الطريق بوضع الثاني ازيل خاصة وان كان لكل واحد اثر في الظلم لان الضرر انما حصل بالثاني وان كان لولا الاول لم يحصل **قوله** ولو كانت مضرة وجب ازالتها، وجوب ازالتها لا يختص بواضعها وان كان الامر فيه اكد بكونه غاصبا فان ازالتها رفع المنكر فيجب علي كل قادر المعاونة عليه بالقوة والفعل ويأثم تارك السعي مع قدرته كما في كل منكر **قوله** ولو اظلم الطريق بها لم تجب ازالتها، العامل بذلك الشيخ في المبسوط وموضع الخلاف ما اذا لم يذهب الضيا بالكلية والا منع اجماعا والضابط فيما عدا

حصول الضرر بالمارة ولو لضعيف البصر لان جواز وضعه مشروط بعدم ضرر المارة وعلي هذا فالمنع انما يتوجه الي اطلاق الشيخ عدم تاثير الظلم لا الي وجوده مطلقا ولا فرق في الضرر بين وقوعه ليلا او نهارا **قوله** ويجوز فتح الابواب المستجدة فيها، اي في الطرق النافذة لان المسلمين فيها شرع فيجوز احداث الابواب اليها المجاورها سواكان لتلك الدار باب اخر اليها ام الي غيرها من الطرق النافذة او المرفوعة ولا يقدح في ذلك ضرره قربا فيه بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذ لان ذلك يوجب نفوذ دارعه لا نفوذ الطريق اذ ليس لاحد دخول دار الا باذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق **قوله** اما الطرق المرفوعة فلا يجوز احداث باب فيها ولا جناح ولا غيره الا باذن اربابه سوا كان ذلك مضرا او لم يكن لانه مختص بهم، الطريق المرفوع ملك لاربابه كسائر املاكهم فيكون كالمال المشترك لا يصح لاحد ارباب المتصرف فيه الا باذن الباقين سوا كان التصرف باحداث الباب او الساباط والروشن او غيره وسوا اضر بهم ام لم يضر وكذا لا يجوز ذلك لغير اربابه بطريق اولي وبينها بقوله سوا كان مضرا او لم يكن علي خلاف بعض العامة حيث جوز لاهل السكة احداث ذلك اذا لم يضر بالمارة والمراد بالمرفوعة المسدودة التي لا ينتهي الي طريق اخر ولا مباح بل الي ملك الغير وبابها ما يمس له باب نافذ لكنها ذو من تلا حق دار ويكون حايط اليها من غير نفوذ ومما يترتب علي ملكهم لها جواز سدها علي السكة والانتفاع بها كغيرها من املاكهم مع اتفاقهم علي ذلك ولو اختلفوا لم يكن لمن اراده ذلك والمالحوز ذلك اذا لم يكن فيها مسجد او رباط او مطهرة موقوفة علي العموم قديمة او حديثة فانه حينئذ لا يجوز لهم المنع من المرور اليها ولا احداث ساباط وغيرها مما يضر المار وان رضي اهل السكة لانها صارت حقا لسائر الناس وفي حكمها

منتهى المراد

لو جعل بعضهم داره احد تلك الامور مما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير اذن اربابها المرور فيها والوجه فيه ما تقدم من الملك والاقوي الاكتفا فيه بشاهد الحال فلو منع احدهم حرم الجلوس فيها او ادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا الا مع اذن الجميع لاصالة حرمة مال الغير بغير اذنه واستفاد شاهد الحال مع منع البائع لو كان الجلوس حقيقه غير ضروري تناوله شاهد الحال **قوله** وكذا لو اراد فتح باب لا يستطرق فيه دفعا للشبهة، اي شبهة استحقاق المرور فيه بعد تطاول الزمان فانه اذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور لانه وضع له وبهذا حصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط جملة فان الثاني جائز دون الاول لان رفع الحائط لا يشعر علي استحقاق المرور بوقت من الاوقات اذ ليس فيه دلالة عليه بخلاف الباب ولا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حق له في الطريق المذكور كالجار الملاصق لها بحائطه وبين من له باب فيها اذا اراد احداث باب اخر ادخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه الباب ويحتمل ضعيفا الجواز لما سيأتي **قوله** ويجوز فتح الروازن والشبابيك لان الانسان مسلط علي التصرف في ملكه بما شا والمشبه المطرقة من الباب منفية هنا وكما يجوز فتحها الي الدرب المرفوعة يجوز الي غيرها من الاملاك والدور وان استلزم الاشراف علي الجار لان المحرم هو التطلع لا التصرف في الملك فيستفيد بذلك الاضاءة في بيته وليس للجار سد ذلك نعم له وضع شي في ملكه يمنع الاشراف وان منع الضوء **قوله** ومع اذنهم فلا اعتراض لغيرهم، اذنهم في ذلك تعجيل للتصرف كالعارية يجوز لهم ولكل واحد منهم الرجوع فيها وتبطل بموته وخروجه عن التكليف بجنون واغماء ونحوهما وحجر والمراد بغيرهم من خرج عن استحقاق الطريق اذ لا حق لهم فيها وان امكن

استطراقهم ونظرهم وليس المراد بغيرهم من يشمل الطبقة الثانية منهم لبطلان الاذن بموتهم كما ذكرناه **قوله** ولو صالحهم علي احداث روشن قيل لا يجوز لانه لا يصح افراد الهوا بالبيع وفيه تردد، القول للشيخ رحمه الله بنا علي ما ذكر من المنع من افراد الهوا بالبيع وفرعية الصلح له في ذلك او المقدمتان ممنوعتان واداره عليه الصلح تساويه وضمير صالحهم يعود الي اهل الدرب المرفوعة وهو يقتضي باطلاقه استحقاق الجميع كذلك وهو مخالف لما سيأتي من اختصاص الداخل بما بين البابين والذي يلزم من التفريع علي ذلك ان الروشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الابواب فهو حق لجميع وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف علي اذن الخارج وهل يتوقف علي رضا الجميع كالاول لاحتياج الداخل عند ازدحام الدواب والاحمال وفوائد الى الرؤوس والاول اشهر **قوله** ولو كان لانسان داران باب كل واحد الي زقاق غير نافذ جاز ان يفتح بينهما بابا لان له حق السلوك في كل واحد ودفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلهما واحدة ففتح باب من احديهما الي الاخرى اولي ومنع منه بعض العامة لانه يثبت له حق الاستطراق في درب مملوكه لدار لا حق لها فيه ولانه ربما ادي الي اثبات الشفعة ولو بيعت دون احدى الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق لكل واحد من الدارين في زقاق الاخرى علي تقدير القول بثبوتها مع الكثرة والاقوى ان كل دار علي ما كانت عليه في استحقاق الشفعة لشركة في الطريق ولا يتعدى الي الاخرى وان جاز الاستطراق لان ذلك الفتح لم يوجب حقا للدار في الطريق الاخرى وانما اباح الانتقال من داره الي داره الاخرى ومتي صار فيها استحق المرور في طريقها تبعا للكون الثاني والدار التي هو فيها لا للاولى **قوله** ولو احدث في الطريق المرفوع حدثا جاز ازالته

لكل من له عليه استطراق لا فرق في الحدث بين كونه مضرا او غيره ولا بين كونه في الهوا كالروشن او في الارض كعمل دكة ووضع خشبة وحجارة ونحو ذلك ولا بين كونه من اهل الطريق وخارجها لاشتراك الجميع في كون ذلك تصرفا في ملكهم بغير اذنهم فكان لهم ازالته وكذا لا فرق بين وقوعه باذن بعضهم وعدمه بل لو نفي واحد بغير اذن فله المنع والازالة والكلام في اذن الجميع والبعض بالنسبة الى كون الحدث داخلا وخارجا ما تقدم **قوله** ولو كان في زقاق بابان احدهما ادخل من الاخر فصاحب الاول تشارك الاخر في مجازه وينفرد الادخل بما بين البابين هذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا يشارك في الداخل وقيل تشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدره لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال ولان اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه امر بعيد بل منتفي والمتعارف الاحتياج حوله الى حد من الداخل وان قلت فالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب وما خرج منه حسن وقوي في الدروس الاشتراك في الجميع **قوله** ولو كان في الزقاق فاضلة الى صدره وتداعيا فيها عند سوى لاستوائهم في الارتفاق بها فلا اولوية لواحد على الاخر بخلاف ما بين البابين لان ادخلية الباب يقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق فيتحقق الترجيح ويشكل ذلك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين لتوقف الانتفاع حينئذ بالفضلة على استحقاق السلوك اليها فاذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل ويندفع بان ثبوت ملك شي لا يتوقف على ملكه ومع ذلك فيمكن دخول الخارج الى الفضلة شاهد الحال كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطريق نعم فاذا انضم الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف في الفضلة حكم باشتراكها بينهم ولا يرد مثله في

المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك لان الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع بداره الا به بخلاف الفضلة فان يدهم فيها سواء اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك ولو قلنا باشتراكهم في جميع الطريق كما اختاره الشهيد فالحكم في الفضلة اولى **قوله** ويجوز للداخل تقديم بابه الى الخارج وكذا الخارج ولا يجوز للخارج ان يدخل بابه وكذا الداخل الوجه في ذلك كله ما تقدم من اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه ومشاركته فيما خرج فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق الى بابه وكلما اخرج عنه له فيه حق وله حق التصرف في جداره برفعه اجمع فبعضه اولى ولا فرق في ذلك بين ان يسد الاول كما يقتضيه ظاهر العبارة وبقيه ولا يمنع تكثر الابواب لعدم تفاوت الحال وربما قيل باشتراط سد الاول واما الخارج فلما لم يكن له حق فيما جاوز مجازه الى داخل لم يكن له الدخول الا باذن الداخل الاعلى القول السابق وربما احتمل جواز دخوله وان لم نقل بمشاركته في الداخل نظرا الى انه كان له ذلك في ابتداء وضع الدار ورفع الحائط اجمع فيستصحب ويضعف بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه لما كان له فتح بابه ابتدا الى اي الجهات شاء فلما اختص من حوله منع من ذلك لسبق من حوله بالاحياء على تقدير ومثله القول في الجدار الداخل من الطريق فانه يوضع بانه خارج برفع عند من واحياه وانفرد بها الداخل كما تقدم ولما رفع جميع الحائط فلا يستطرق اليه شبهة بخلاف الباب كما تقدم **قوله** ولو اخرج بعض اهل الدرب النافذ روشنا لم يكن للمقابل معارضته ولو استوعب عرض الدرب لما كان حق الطريق النافذ غير مختص بذوي الدور لم يكن للجار المقابل ولا لغيره الاعتراض على واضع الروشن فيه وان استوعب الدرب اذا لم يكن مضرا بالمارة نعم لو وضع شيا

منه على جدار المقابل فله المنع منه **قوله** ولو سقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن لم يكن للاول منعه لانهما فيه شرع سوا كالسبق الى القعود في المسجد لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب اولوية فاذا زال زالت كالقعود في المسجد والسوق حتى لو فرض ان الثاني اخرب روشن الاول ووضع روشنه لم يكن للاول ان يزيل الثاني وان كان الثاني قد ضمن ارش الاول واكتسب الاثم لزوال الاولوية ومثله القول في المنبه **قوله** اذا التمس وضع جذوعه على حايط جاره لم يجب على الجار اجابته ولو كان خشبة واحدة ولكن يستحب هذا عندنا موضع وفاق ولقوله صلى الله عليه واله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه ولقضاء العقل بقبح التصرف في مال الغير نعم يستحب استحبابا مؤكدا لما روي عنه صلى الله عليه واله انه كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يمنعن جاره من وضع خشبة على جداره وهو على تقدير ثبوته منزل على الاستحباب المؤكد وذهب بعض العامة الى جوازه بغير اذنه عملا بالحديث **قوله** ولو اذن جاز الرجوع قبل الاذن لو وضع وبعد الوضع لا يجوز لان المراد به الابد والجواز حسن مع الضمان الكلام هنا في مواضع احدها في جواز الرجوع بعد الوضع وقد منع منه الشيخ ومن تبعه لاقتضاء الاذن في مثل ذلك الدوام كالاذن في دفن الميت في الارض وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضي الى خراب ملك المأذون والاقوى الجواز لانه عارية ولان الاصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء والحاقه بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون اخراب البناء الثاني على تقدير الجواز هل ينقض مجانا او مع الارش وجهان مبناهما على ان الاذن انما افادت العارية ولازمها الرجوع متى اراد مع اصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره على تخليص ملكه منه لاصالة البراءة مطلقا وانه دخل مع الاذن فلا يجوز قطعه الا بعد ضمان نقصه ولان فيه جمعا بين الحقين ولانه سبب الاتلاف لاذنه والمباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي وهو اقوى الثالث على تقدير ثبوت

ظلمه

الارش هل هو عوض ما نقصت الالة الواضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان مبناهما على ان البناء اذا كان محترما فهو بهيئته حق لبانيه فيكون حينئذ بتفاوت ما بين كونه عامرا او خرابا لان ذلك هو نقص المالية ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه انما يضمن نقصان مال الغير الذي كان بسبب الالة وفواته والاول اقوى لان جميعه مال للواضع غايته كونه موضوعا على ملك الغير وذلك الملك انما اثر جواز النقض لا الاشتراك في المالية ولو اتفقا في ابقائه بالاجرة فلا اشكال في جوازه **قوله** اما لو انهدم لم يعد الطرح الا باذن مستانف وفيه قول اخر القول الاخر للشيخ في ط وهو انه ان اعاده بالته الاولى لم يكن له منعه لان الخشب والسقف عليه وان اعاده بغيرها كان له منعه والاقوى الاول لان المأذون فيه وهو الوضع قد حصل فلا يجوز وضع اخر بدون الاذن ولانها عارية فيجوز الرجوع فيها وان لم يلزم الضرر كما فرضنا فهنا اولى غايته انه مع الضرر جبر بالارش وهنا لا ضرر فلا ارش وكثير من الاصحاب لم يذكروا هنا خلافا وحكى الشهيد ان الشيخ كان ذكر اولا في الكتاب انه لو انهدم الحائط او هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستانف ولم يزد في ذلك فالظاهر ان قوله الاخر وهو قول لبعض الشافعية كان القول الاخر لهم فخرج الشيخ في الحكم المختلف عن قرب **قوله** ولو صالحه على الوضع ابتدا جاز بعد ان يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها انما اعتبر ذلك للطول مع الوزن لاختلاف ضرر الحائط باختلاف الطول وان اتفق وزنه والضابط ذكر ما يرفع الجهالة ولا بد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة ولو كانت الالات مشاهدة لم يفتقر الى اعتبار ما بين ذلك واكتفي بتعيين المدة واحترز بقوله ابتدا عما لو وقع الصلح بعد البناء فانه لا يعتبر ح الا تعيين المدة لصيرورة البناء معلوما بخلاف ما اذا لم يبن لتفاوت الضرر ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق وهذا في الخشب اما الاجر واللبن في الحائط فيكفي فيهما العادة نعم لو كانت

العير

الصلح على البناء على حائط زيادة عليه افتقر الى ذكر الطول والسمك واللبن لاختلاف الغرض
باختلافها هذا كله في الوضع على حائط مملوك للغير اما لو كان موقوفا على مصالح عامة بحيث
لا يكون له مالك على الخصوص كالمسجد وشبهه لم يجز لاحد البناء عليه ولا الوضع نعم الى
الحاكم صلحا وليس له الاذن بغير عوض وفي جوازه به والاصح على الموقوف نظرا الى المصلحة
بعائدة العوض وعدمه لانه تصرف في الوقف بغير موضوعه ولانه يثمر شبهة على تطاول
الازمان وجهان احوطهما الاخير وقواه في الدروس **قوله** اذا تداعيا جدارا مطلقا
ولا بينة قضي لمن حلف عليه مع نكول صاحبه فهو له وان حلفا او نكلا
قضي به بينهما، المراد بالاطلاق هنا ان لا يكون معينا لاحدهما بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعا
كاتصاله ببناء احدهما او بما في حكمه كما سياتي ومن جملة العيوب كونه في ارض احدهما
فاذا خلا عن جميع ذلك لم يكن لاحدهما عليه يد ويكون لهما بان يكون بين ملكيهما ولا
مرجح وحكمه ح ان تستوي نسبتهما اليه فمن اقام بينة حكم له به وان فقدا ما حلف
احدهما لصاحبه وكان بينهما نصفين وكذا لو نكلا عن اليمين ولو حلف احدهما ونكل
الاخر ثبت للحالف وهو واضح **قوله** ولو كان متصلا ببناء احدهما كان القول قوله
مع يمينه، اي متصلا به اتصال ترصيف وهو تداخل الاحجار واللبن على وجه يبعد كونه
محدثا ومثله ما لو كان لاحدهما عليه قبة او غرفة او سترة لانه يصير بجميع ذلك صاحب يد فعلى المدعي
مع فقد البينة ولو اتصل بهما كذلك او كان البناء لهما او اختص احدهما بصفة والآخر
باخرى فاليد لهما وكذا لو كان لاحدهما واحدة والباقي مع الاخر اذ لا اثر لزيادة اليد في
الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما كما يقسم لو نكلا الى تمام ما تقدم **قوله** ولو كان لاحدهما
عليه جذع او جذوع قيل لا يقضى بها وقيل يقضى مع اليمين وهو الاشبه، القول بعدم القضا
بذلك للشيخ محتجا بان كون الجذع على الدار دلالة مبهمة على انه في ايديهما ووضع
الجذوع اختصاص مزيد انتفاع كاختصاص احدهما بزيادة الامتعة ولضعف

العوض

منع

مع دلالة كونه سهما على اليد اذا لم يسلم انه تصرف بوجه من الوجوه الى [illegible] المرجحات
موضع الجذع يعني اليد الواضع ويبقى الاخر خاليا ويكون حكم الجذع حكم ما سلف من المرجحات
ولو جامعها اعتبر ما فصلناه **قوله** ولا يرجح دعوى احدهما بالخوارج التي في الحيطان ولا
الروازن المراد بالخوارج كل ما خرج عن وجه الحائط من نقش ووتد ورف ونحو ذلك فانه
لا يفيد الترجيح لامكان احداث ذلك من جهته من غير شعور صاحب الجدار وبمثله
الداخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر **قوله** ولو اختلفا في خص
قضي لمن اليه معاقد القمط عملا بالرواية الخص بالضم البيت الذي يعمل من القصب والقمط
بالكسر حبل يشد به الخص وبالضم جمع قماط وهي شداد الخص من ليف او خوص او غيرهما
والرواية رواها عمرو بن شمر عن جابر عن الباقر عليه السلام عن ابيه عن علي عليه السلام انه قضى
في رجلين اختصما في خص ان الخص للذي اليه القمط ومثله روى العامة عن النبي صلى الله عليه
وآله والطريق ضعيف الا ان الاصحاب تلقوها بالقبول ورده بعضهم ومنهم المصنف في
النافع وقالوا انها قضية في واقعة فلا تتعدى وح يحكم في الخص حكم الجدار بين الملكين
قوله لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا ادخال خشبة الا
باذن شريكه، الحكم فيه كغيره من الاموال المشتركة لا يجوز لاحد الشركاء التصرف فيها الا باذن الجميع وان
قل الانتفاع كضرب الوتد وفتح الكوة قال في التذكرة واخذ اقل ما يكون من ترابه ليترب به
الكتاب ويستثنى من ذلك الاستناد اليه واسناد المتاع مع انتفاء الضرر لانه بمنزلة الا
ستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره نعم لو منع المالك والشريك من ذلك كله حرم
وفاقا للتذكرة لانه نوع تصرف بالحائط لاعتماده عليه واستقرب في الدروس عدم المنع
لانتفاء الضرر وموضع الخلاف ما اذا كان المجلس للمستند والا لم يجز اجماعا ولو بنى
الشريك في ملكه جدارا متصلا بالجدار المشترك او المختص بالجار بحيث لا يقع ثقله عليه جاز
ولم يكن للاخر الاعتراض ولو وقع عليه منعه لم يجز بدون اذنه **قوله** ولو انهدم

المشتركة

لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته اذ لا يجب على الشخص عمارة جداره المنهدم ففي الشريك
اولى وهذا الكلام فيه لكن هل يتوقف العمارة على اذن الشريك ام يجوز له البناء وان
نهاه قولان احدهما توقف العمارة على اذنه لانه مال مشترك فيمتنع التصرف فيه
بدون اذن الشريك كما سلف والثاني عدم الاشتراط لانه نفع واحسان في حق
الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يغرمه حصته من نفقته والاصح فيه عليه لو جده وهو قول
الشيخ والاول اقوى لكن يظهر الفرق بين اعادته بالالة المشتركة فلا يشترط فيه رضاه
وبين اعادته بالة من عنده فيشترط لانه على الاول يبقى شريكا كما كان بخلاف الثاني
ثم على القول باشتراط اذنه لو خالف وعمر فهل للشريك نقضه احتمال من حيث
تصرفه في ملك غيره وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه فصارت الكيفية الثانية
كانها مغصوبة فله ازالتها والاقوى العدم ان كان بناه بالالة المشتركة لان هدمه
ايضا تصرف في مال الغير وهو الشريك الذي بناه فلا يصح كالاول وانما تظهر الفائدة في
الاثم والجواز ان كان بناه بغير الالة لانه عدوان محض وتصرف في ارض الغير فيجوز تغييره
ثم على القول بتحريم نقضه لو هدمه الشريك لزمه الارش كما لو هدمه ابتداء ثم
على تقدير اعادته بالة مختصة المعيد له منع الشريك من وضع خشبه عليه دون الاول
للاشتراك فيه دونه وخير الشيخ الشريك في الثاني بين مطالبته بهدمه واعطائه نصف
قيمة الحائط ويوضع عليه والاقوى ان التخيير في ذلك للباني لا للشريك وحيث يتوقف
البناء على اذن الشريك ويمتنع يرفع امره الى الحاكم ليجبره على المساعدة او الاذن فان
امتنع اذن الحاكم وهل له الاذن فيه بالرجوع بها على الشريك او مجانا الاقوى
الثاني لان الشريك اذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الانفاق فان اختار الشريك
بناءه مجانا فعل والا ترك **قوله** وكذا لو كانت الشركة في دولاب او بئر او نهر، الحكم
هنا كما سلف في الجدار ولا فرق بين كون المشترك ذا غلة تفي غلته بعمارته وغيرها

ويضع

عن

عند الاصحاب وانما خالف فيه بعض العامة فحكم باجبار الشريك على المساعدة على العمارة
في هذه المذكورات دون الحائط وفرق بينهما بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيضر به
بخلاف الحائط فانه يمكن قسمته مع الشريك وقسمة عرصته ورد بان قسمة العرصة والحائط
قد يكون اكثر ضررا فكانا سواء **قوله** وكذا لا يجبر صاحب السفل ولا العلو على بناء الجدار
الذي يحمل العلو لانه لا يجب على الانسان عمارة ملكه لاجل الغير لكن يجب تقييده بما
اذا لم يكن حمل جدار العلو وسقفه واجبا على صاحب السفل بعقد لازم فان وجب كذلك
وجب البناء عليه في الدروس وسوى بينهما في عمارة القناة والجري ولو طلب صاحب
العلو بناء جدار السفل تبرعا فهل له منعه فيه الوجهان السابقان واطلق في
التحرير انه ليس له منعه وفي حكم العلو ما لو كان له رسم باطراف الخشب وضعه على حائط غيره
فانهدم هذا كله اذا انهدم الحائط بنفسه او هدماه معا **قوله** ولو هدمه بغير اذن
شريكه وجب عليه اعادته وكذا لو هدمه باذنه وشرط اعادته، اطلق المص وجوب
الاعادة تبعا للشيخ رحمه الله ويشكل بان المتلف الفائت بالهدم غير مثلي فينبغي المصير
الى القيمة وهو الارش وهو اختيار العلامة في القواعد مع انه قطع في التذكرة بوجوب
الاعادة وفصل الشهيد رحمه الله في الدروس فاوجب اعادته ان امكنت المماثلة كما
في جدران بعض البساتين والمزارع والا فالارش وفيه مناسبة الا انه خارج عن القو
اعد الشرعية لانتفاء المثلية في الفائت فانه مختص بصفة اذ الاعيان باقية والمماثلة
في الصفة بعيدة فالقول بالارش مطلقا اوضح **قوله** اذا تنازع صاحب السفل
والعلو في جدران البيت فالقول قول صاحب البيت مع يمينه ولو كان في
جدران الغرفة فالقول قول صاحبها مع يمينه هذا هو المشهور وبعضهم ان
جدران البيت بينهما لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدران الغرفة اذ لا تعلق لصاحب
البيت به الا كونه موضوعا على ملكه وارتضاه في [illegible] وهو قول جيد لكن الاول اجود

فحكم جزوه وجدران الغرفة جزءها بالصاحب الجدار وقال ابن الجنيد ان جدران البيت

قوله ولو تنازعا في السقف سر ان حلفا قضي به لهما وقيل لصاحب العلو وقيل يقرع بينهما وهو احسن المراد بالسقف الحامل للغرفة المتوسط بينها وبين البيت والقول باشتراكهما فيه للشيخ في المبسوط وقواه في الدروس لانه سقف لصاحب البيت وارض لصاحب الغرفة فكان كالجزء من كل منهما والقول الثاني لابن ادريس ومحمد العلامة في كثير من كتبه لان الغرفة انما تتحقق بالسقف الحامل لانه ارضها و البيت قد يكون بغير سقف وهما متصادقان على ان هنا غرفة فلا بد من تحققها ولان تصرفه فيه اغلب من تصرف صاحب السفل والقول بالقرعة للشيخ ايضا كما في كل امر مشتبه واستحسنه المصنف ويمنع الاشتباه هنا لان رجحان احد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة الى الحكم والاوسط اوسط وموضع الخلاف السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت اما ما لا يمكن كالازج الذي لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدران وهو دخول الات البناء من كل منهما في الاخر فان ذلك دليلا على انه لصاحب السفل فيتقدم قوله فيه بيمينه **قوله** اذا اخرجت اغصان شجرة الى ملك الجار وجب عطفها ان امكن والا قطعت من حد ملكه وان امتنع صاحبها قطعها الجار ولا يتوقف على اذن الحاكم يمكن كون الوجوب بمعناه المتعارف و يكون المحكوم عليه به مالك الشجرة ووجه الوجوب عليه ظاهر لان دخولها على ملك الغير يوجب التصرف فيه وشغلا لملكه وهو غير جائز فيجب التخلص منه وقد صرح العلامة في التحرير بوجوب ذلك عليه وهو حسن لكن يبقى في العبارة ترك التصريح بوجوب العطف بالامكان وترتيب القطع على عدمه مع ان للمالك قطع شجرته بغير هذا السبب فيه اولى وانما يليق ترتيب الامرين المذكورين بالنسبة الى

مالك

ماكل الارض الا ان الوجوب فيه لا يتم بالمعنى المتعارف منه ويمكن كونه بمعنى الثبوت لانه احد معانيه لغة وهذا الحكم ثابت له لكن يبقى قوله بعد ذلك وان امتنع صاحبها قطعها الجار لان مقتضاه ان المامور اولا بذلك هو مالك الشجرة ويمكن الاعتذار عن الترتيب بان قطع الشجرة مع امكان عطفها اتلاف للمال وهو منهي عنه ومنع من جواز قطع المالك كيف اتفق بل لا بد من غاية مقصودة به للنهي عن اضاعة المال بغير وجه وقوله قطعها الجار لا بد من تقييده ايضا بعدم امكان عطفها بطريق اولى فالعبارة في الجملة ليست جيدة والحاصل ان الواجب على مالك الشجرة تفريغ ارض الغير او هواه من ماله كيف ما امكن فان امتنع منه فلمالك الارض والهواء تولي ذلك مقدما للعطف على القطع مع امكانه وكما يثبت الحكم المذكور في الاغصان كذا في العروق ولا يتوقف مالك الارض على اذن الحاكم حيث يمتنع صاحب الشجرة كحالة اخراج بهيمة تدخل الى ملكه بغير اذنه وربما قيل بجواز ازالة مالك الارض لها من دون مراجعة المالك لان ازالة العدوان عليه امر ثابت له ولو توقف على اذن الغير ضرر وتشهد له جواز اخراج البهيمة بدون اذنه ولانه لو توقف على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع امتناعه اذ لا يجوز التصرف في مال الغير بغير اذنه او اذن من يقوم مقامه وظاهر التذكرة ان مالك الشجرة لا يجب عليه ازالته وان جاز لمالك الارض لانه من غير فعله والاول اجود ولو قطعها مالك الارض مع امكان العطف ضمن لكن هل يضمن جميع ما يقطع ام تفاوت ما بينه وبين المعطوف وجهان من التعدي بالقطع فيضمنه ومن ان العطف حق له وما يفوت به في حكم التالف شرعا ولو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع علم المالك وتفريطه ضمن اجرة الارض والهواء وليس لمالك الارض انارة تحت الاغصان لتحترق حيث يجوز القطع الا انه اشد ضررا فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زيادة على حقه وفي حكم الشجرة التراب المنتقل الى ملك الغير والحائط المايل

كذلك فيجب المبادرة الى تخليص الارض منه ولو ملكه التراب وقبل بيعه من حقه الا مع امتناعه منه وان شق نقله **قوله** ولو صالحه على ابقائه في الهواء لم يصح على تردد اما لو صالحه على طرحه على الحائط جاز مع تقدير الزيادة وانتهائها منع الشيخ من الصلح على ابقائها في الهواء ابتناء على اصله السابق من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للبيع وهذا هو الفارق بين الصلح على ابقائها في الهواء وعلى الجدار لان منفعة الجدار يمكن افرادها بالمعاوضة كالاجارة والاصح جواز الامرين والمراد بقوله مع تقدير الزيادة او انتهائها ان الاغصان ان كانت في الزيادة بحسب ظن اهل الخبرة صح الصلح على ابقائها مطلقا وان كانت اخذة في الزيادة فلا بد من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطا ولا بد مع ذلك من تقدير مدة الاقامة فلا يتم الموبد على ذكر الجماعة ولو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزائد حكم الاصل لا يتعدى الى المالك قبل الصلح **قوله** اذا كان لانسان بيوت الخان السفلي ولاخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة قضي بها لصاحب العلو مع يمينه لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة في الارض التي هي لصاحب السفل لان مجرد ذلك لا يوجب اليد وكما يحكم بها لصاحب العليا فكذا محلها هذا مع اختلافهما في الخزانة تحتها اما لو اتفقا على ان الخزانة لصاحب الاسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل فيجري فيها الخلاف السابق وعلى ما اخترناه يقضى بها للاعلى على التقديرين وانما يختلف الحكم عند القائل بالاشتراك كالشهيد رحمه الله فانه جعلها هنا مشتركة بينهما ايضا **قوله** ولو تداعيا الصحن قضي منه بما يسلك فيه الى العلو بينهما وما خرج عنه لصاحب السفل لان صاحب العلو لما افتقر سلوكه الى الصعود الى التصرف في الصحن في قدر الممر كان له عليه يد دون ما في الصحن وصاحب السفل يشاركه

في

ولو كان تحت الدرجة خزانة كان تداعيا سواء لان لكل واحد منهما شاهد بملكها لان الظاهر ان الدرجة لصاحب العلو فيكون محلها له كذلك لان الهواء كالقرار ويدك [illegible] عليك
الاسفل بل من حكم السفل وفي بعض الا بنية بعد التالف او النكول والا في الدروس والاعبرة بوضع الاسفل الاية وكيف انه تحتها و جزانه الكرگيار كالرسم المامول

في التصرف في ذلك وينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما ان كان المرقى في صدر الدار ركابي المسر اليه وان كان المرقى في دهليز خارج لم يشارك الاسفل في شيء من العرصة اذ لا يد له على شيء منها الا ان يقول في السكة المرفوعة باشتراكهما بين الجميع ولو كان المرقى في ظهره اختص صاحب الاسفل بالعرصة والدهليز اجمع والمراد بالعصا بما ذكر بينهما مع حلف كل لصاحبه او نكولهما معا عن اليمين كما تقدم غير مرة **قوله** اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها قضي للراكب مع يمينه وقيل هما سواء في الدعوى والاول اقوى وجه القوة قوة يد الراكب وشدة تصرفه بالنسبة الى القابض ووجه التسوية اشتراكهما في اليد وقوتها لا مدخل لها في الترجيح ولهذا لم يؤثر في ثوب بيد احدهما اكثره كما سياتي نعم مع الراكب زيادة التصرف الا انه لم يثبت شرعا كونه مرجحا وتعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما بتفسيراته وترجيح العمل بالتساوي اقوى فيعد ان يحلف كل منهما لصاحبه اذا لم يكن بينة ولا فرق عندنا بكون الراكب غير معتاد ركوب الدواب والمتشبث معتادا لذلك وما ذكر حكم الدابة اما اللجام فلم يرجح بين والسرج لراكبه **قوله** اما لو تنازعا ثوبا في يد احدهما اكثره فهما سواء لاشتراكهما في مسمى اليد ولا ترجيح لقوتهما والتصرف الذي كان مع الراكب زائدا على اليد منتف هنا وهذا هو الفارق بين المسألتين عند المصنف واوجب اختلاف الحكم نعم لو كان احدهما ممسكا له والاخر لابسا فكمسألة الراكب واللابس لزيادة تصرف اللابس على اليد وربما قيل هنا بتقديم اللابس لان الظاهر انه لم يتمكن من لبسه الا وهو مستقل باليد **قوله** وكذا لو تنازعا عبدا ولاحدهما عليه ثياب يعني ان لبسهما لا يرجح يد احدهما اذ لا مدخل لها في الملك لانه قد يلبسها بغير اذن مالكها او بقوله لصاحبه لعارية فاذا كان لهما عليه يد تساويا في الدعوى ومنه يعلم انه لو كان لاحدهما

يد وللاخر ثياب فالعرف لصاحب اليد **قوله** اما لو تداعيا جملا ولاحدهما عليه حمل كان الترجيح لدعواه لان وضع الحمل على الدابة يتدعى كمال الاستيلا فرجح صاحبه والمراد ان الحمل واحدهما مع ذلك عليه بين بان كانا قابضين بزمامه ونحو ذلك ليحصل الترجيح اما لو كان لاحدهما ولا يد للاخر فلا شبهة في الترجيح ويمكن ان يكون المراد ان احدهما قابض بزمامه وللاخر عليه حمل ليكون معادلا لمسئلة الراكب وقابض اللجام ولعله فانهما وان استويا في الحكم عنده الا انه يميل الحمل اقوى ولهذا لم يذكر فيها خلافا ووجهه ان الحمل اقوى دليلا على كمال الاستيلا وان الركوب اسهل تخلفا من الحمل وفي الدروس حمل حكم الراكب ولابس الثوب وذو الحمل سوا في الحكم وهو كذلك **قوله** ولو تداعيا غرفة على بيت احدهما وبابها الى غرفة الاخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت لانها موضوعة في ملكه لان هوا بيته ملكه لانه تابع للقرار ومجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد اليد ولا الملك فيقدم صاحب البيت بيمينه هذا اذا لم يكن من له اليه الباب متصرفا فيها بسكنى او غيره والا قدم لان يده عليها بالذات لان التصرف مقتضي له وثبوت يد مالك الهوا بالتبعية ليده التي هي على القرار واليد الفعلية اقوى واولى من التابعة ويحتمل التساوي في ثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم تاثير قوة اليد كما سلف

كتاب الشركة **قوله** الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشي الواحد على سبيل الشياع الشركة بكسر الشين واسكان الرا وبفتحها وكسرها وهي تطلق على معنيين احدهما ما ذكر المصنف لتعريفه من اجتماع الحقوق على الوجه المذكور وهذا المعنى هو المتبادر من معنى الشركة لغة وعرفا الا انه لا مدخل له في الحكم الشرعي المترتب على الشركة من كونها من جملة العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول والحكم عليها بالصحة والبطلان فان هذا الاجتماع يحصل بالعقد وغيره بل بغير اكثر حتى لو تعدي احدهما ومزج ماله بمال الاخر قهرا بحيث لا يتميز تحققت الشركة بهذا

المعنى ومع ذلك لا يتسلط الشركة بما قبلها وبعدها لان هذا معنى من المعاني دخوله في باب الاحكام اولى وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشي الواحد على سبيل الشياع فيه وهذا هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود وتلحقها الحكم بالصحة والبطلان واليه يشير المصنف فيما بعد بقوله فيبطل الشركة اعني الشرط والتصرف وقيل يصح ولهذا كان على المصنف ان يقدم تعريفها على ما ذكره لانها المقصود بالذات هنا او ينبه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها واحكامها ولكنه اقتصر على تعريفها بالمعنى الاول **قوله** اجتماع حقوق الملاك كالجنس يدخل فيه اجتماع حقوقهم على وجه الامتياز كما لو جمعوا اموالهم مع تميز بعضه عن بعض وصندوق او مكان واحد مثلا والمراد بالشي الواحد الشخص لان ذلك هو المتبادر الى الافهام لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف اذ لا يتحقق الشركة في شي مع تعدد الشخص والمراد بالواحد فيما هو متعلق الشركة وان تعدد لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل فرد من افراد المتعدد وقوله على سبيل الشياع خرج به اجتماع حقوقهم في الشي الواحد المركب من اجزا متعدده كالبيت مثلا اذا كان خشبه لواحد وحائطه لاخر وارضه لثالث فانه لا شركة هنا اذ لا شياع مع صدق اجتماع حقوقهم في الشي الواحد وفي تحقيقات الشهيد رحمه الله انه قيل الشياع لاخراج اجتماع الحقوق في الشي الواحد على الشخص على البدل كمستحق الزكاة والخمس والمجتمعين على معدن او مسجد او مباح فيتعذر فيه الاجتماع فان ذلك اجتماع لا على سبيل الشياع ثم اورد على نفسه بان هذه خرجت بالملاك واجاب بان المراد بالملك الاستحقاق حذرا من المجاز والاشتراك وهو حاصل في الكل وفيه نظر لان الملك اخص من الاستحقاق مطلقا ولو حمل على معناه المجازي المتعارف لخرجت هذه الاقسام بالقيد المذكور وخرج بالقيد المذكور وخرج

بقيد الشياع ما ذكرناه شائعا وح فلا مجاز ولا اشتراك فيمكن ان يكون تحمّلا جاء وكان حمل الملك على الاستحقاق الذي هو اعم منه ادخال الشركة في مثل القصاص والخيار والشفعه وحد القذف مما لا ملك فيه وانما هو محض استحقاق فلو حمل الملك على معناه الخاص لانتقض التعريف في عكسه ان اريد به المعني الخاص ولو جعل مشتركا بينه وبين الاستحقاق او مجازا في الاستحقاق لزم الاشتراك والمجاز فحمله على معنى الاستحقاق العام تدخل الاقسام ويسلم من محذوري المجاز والاشتراك كما ذكر لكن يبقى فيه ان اطلاق الخاص وارادة العام مجاز يجب صون التعريف عن استعماله ولا يمكن شيوعه بدليل هو معنى حقيقي يعرف التعريف ويقع فيما هرب منه وقد يجاب بان اطلاق الملك هنا على الاستحقاق ليس بمجاز بل معناه متبادر من قولك فلان يملك الشفعه على فلان ويملك الحد ونحو ذلك وانه مجاز ولكن استعماله شائع وان كان مطلق اطلاق الخاص على العام ليس شائعا والعبرة في رخصة التعريف انما هو بالفرد المحتاج الى استعماله لا بنوع ذلك الفرد وهذا هو الظاهر هنا وينبه عليه ان المصنف بعيد بلا فصل ذكر حكم الاشتراك في الحق المذكور فليس بغافل عن دخولها في التعريف وح فما استعمل هنا الا المجاز المنصوب على ارادته قرينة او المشترك اشتراكا معنويا بان جعل ذلك الاستحقاق من افراد الملك حقيقه والاشتراك المعنوي لا يضر دخوله في التعريف ولو ابدل لفظ الملك بالاستحقاق في التعريف شمل الجميع وخرج الاشتراك في استحقاق الزكاة ونحوه بالشياع كما ذكره رحمه الله واعلم ان المراد بالملاك هنا ما فوق الواحد بطريق الحقيقة والمجاز على الخلاف لئلا ينتقض بالاثنين وان هذا التعريف لا ينطبق من الشركات المالية الا على شركة العنان دون اخواتها من شركة الابدان وغيرها فهو تعريف للشركة الصحيحة عندنا **قوله** ثم المشترك قد يكون عينا وقد يكون منفعة وقد يكون حقا الاشتراك في العين ظاهر وفي

المنفعه يتحقق بالاجارة والحبس والسكنى لا الوقف لانه ان كان على محصورين فالاشتراك في العين والا فلا اشتراك والاشتراك في الحق كما ذكرناه سابقا من الخيار والشفعة بالنسبة الى الورثة والقصاص وحد القذف والرهن **قوله** وسبب الشركة قد يكون ارثا وقد يكون عقدا وقد يكون مزجا الارث يجري في الاقسام الثلاثة الا ان يقع كما اذا ورثا مالا او منفعه دار استاجرها مورثهم او عبدا موصى بخدمته او حق شفعه وخيار ورهن وكذلك العقد يجري فيه في العين بان يشتريا دارا وفي المنفعه بان يستاجراها وفي الحق بان يشتريا بالخيار فان سبب الشركة العقد وفي الاخير نظر واما المزج فيتصور في العين وقد يعرض في المنفعة كما اذا استاجرا دراهم للتزين بها اذا جوزناه وحق كل واحد منهما منفرد ثم امتزجت بحيث لا يتميز **قوله** وقد يكون حيازة والاشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه من الحيازة ان يشتركا في نصب حبال الصيد المشتركه ورمي السهم المثبت له وح يشتركان في ملكه وما اختاره من الاختصاص لا يتاولها والمراد باختصاص كل واحد بما حازه وهو الاجود مع تميزه لانه في معنى شركة الابدان اما مع امتزاجه فيكون مشتركا لكن لا من حيث الحيازة بل من جهة المزج الطاري كما لو امتزج المالان وهو خارج عن الفرض وينبغي ان يستثني من ذلك ما لو كان عمل كل واحد منهما بنية الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه فانه ح يتوجه الاشتراك لان ذلك مما يقبل النيابة فاذا نوى ان يكون بينه وبين شريكه ملك شريكه نصفه وان لم يعمل فاذا عمل كذلك اولى الا انه سيأتي اختيار المصنف عدم صحة ذلك ايضا وان نوى لكل واحد ما حازه مطلقا والتنبيه بالخلاف المذكور اما على عدم اشتراط النية فلا يتحقق الشركة او على خلاف ابن الجنيد المجوز لشركة الابدان والاول اولى وسيأتي البحث فيه **قوله** ثم لو اقتلعا شجرة او اغترفا ماء دفعة تحققت الشركة

اي تحققت الشركة في الجملة لكن يكون لكل واحد من المجاورين منه علامة ويختلف ذلك
بالقوة والضعف ولو اشتبه مقدار مال كل واحد فطريق التخلص بالصلح او تمليك
كل واحد ما بقي له عند الاخر بناء على جواز هبة المجهول قوله وكل مالين مزج
احدهما بالاخر بحيث لا يتميز اي تحققت الشركة فيهما اختيارا كان المزج او اتفاقا
المراد هنا بالاتفاق هنا عدم الاختيار كما لو سقط احدهما على الاخر او غيره بان وريا
معا مالا ونحو ذلك فاشتراك حكم الممتزج بالاختيار قوله وتثبت في المالين المتماثلين
في الجنس والصفة لما كان ضابط الامتزاج عدم التمييز اعتبر الاتفاق في الجنس
والصفة فلو اختلف احدهما تحقق الامتياز فلا شركة فلا يكفي مزج الحنطة
بالشعير والدخن بالسمسم وان عسر التخليص والدراهم بالدنانير ونحو ذلك وكذا
لو اتحد الجنس اعني النوع الخاص مع اعتبار اختلاف الوصف كما لو مزج الحبة
الحمراء من الحنطة بغيرها او الكبيرة بالصغيرة ونحو ذلك لامكان التخليص وان عسر
قوله سواء كان اثمانا او عروضا اي عروضا مثلية كالحنطة وغيرها من الحبوب
اما غير المثلي فسياتي الكلام فيها ونبه بالتسوية على خلاف بعض العامة حيث
شرط في الشركة الاختيارية اعني ما يترتب عليها جواز التصرف والتجارة بالفعل
ان يكون المال من النقدين كالمضاربة اما الشركة بمعنى اجتماع الحقوق في المال
الواحد فلا خلاف في تحققه كيفما اتفق الامتزاج قوله لعاما لا مثل له كالثوب و
الخشب والعبد فلا يتحقق فيه بالمزج بل قد يحصل بالارث واحد العقود الناقلة
وفي عدم تحققه بالمزج مطلقا منع بين بل قد يتحقق كالثياب المتعددة المتقاربة
في الاوصاف والخشب كذلك فيتحقق الشركة فيه والضابط عدم الامتياز ولا خصوصية للمثل والقيمي في ذلك ومتى تحققت في ذلك فان علمت قيمة ما لكل واحد منهما كان
الاشتراك على نسبة القيمة والاولى الحكم بالتساوي لانه الاصل ورجع الى الصلح

في ر

وجهان

وجهان وبالاول قطع في التذكرة وعليه يترتب حكم ما لو اشتبه مقدار قوتهما في
مثل قطع السحرة فانهما يتساويان على الاحتمال في التذكرة لاصالة عدم زيادة احدهما
على الاخر والاقوى الصلح قوله ولو اراد الشركة فيما لا مثل له باع كل واحد منهما حصته
مما في يده بحصة مما في يد الاخر بناء على ان الشركة فيه لا تتحقق بالامتزاج ومثل المثلي مع
اختلاف الجنس او الوصف وما ذكره من الحيلة احد الامثلة ومثله ما لو وهب احدهما صاحبه
حصة من ماله ووهبه الاخر كذلك او باع حصة بثمن معين ثم اشترى به حصة
من الاخر الى غير ذلك من الوجوه الناقلة والمراد بالشركة في جميع هذه الا المولد الشركة
المعرفة لا الشركة بالمعنى الخاص وهي الاذن في التصرف والحكم فيهما على الاجزاء واضداد
لم يحصل من ذلك سوى الامتزاج واما الابتياع ونحوه فلعدم دلالته على الاذن في
التصرف خلافا لبعض العامة حيث سوغا به كما لو قالا اشتركنا ونحوه قوله
ولا تصح الشركة بالاعمال كالخياطة والنساجة لا فرق في ذلك بين ان يتفق
عملهما بان يكون كل واحد خياطا او يختلف بان يكون احدهما خياطا والاخر
نجارا او يعمل كل واحد منهما في صنعته ولا بين كون الشركة البدنية في مال
مملوك او تحصيل مال مباح كالاصطياد والاحتطاب لان كل واحد متميز بدنه
ومنافعه فيختص بفوائده كما لو اشتركا في ماليهما وهما متميزان ولا خلاف عندنا
في بطلان شركة الاعمال الا من ابن الجنيد حيث اجازها مع اشتراكهما في العمل
او عمل احدهما وقيمته على الاخر من غير شركة مع انه راجع الى بطلانها لان اشتراكهما
في العمل بعد مزج الاجرتين وتحاللهما امر خارج عن صحة هذه الشركة وكذا تبرع
احدهما على الاخر بشركته في عمله واما العامة فمنهم من وافقنا على بطلانها
ومنهم من اجازها مطلقا ومنهم من اجازها مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافهما
ومنهم من اجازها في غير اكتساب المباح قوله نعم لو عملا مع واحد باجرة ودفع

تملعه ر

احدهما صاحبه حصة

سوغها

ا ر الملازم
تقاولها

قيمته ر

ودفع اليهما شيئا واحدا عوضا عن اجرتهما تحققت الشركة انما تحقق في المال
بهذه الجهة لو اجرا انفسهما في عقد واحد ليثبت به شركة الابدان بحسب
الصورة وان كان في المعنى راجعا الى شركة الاموال اما اذا اجر كل واحد
نفسه منفردا او استحق اجرة منفردا ثم ادي اليهما مالا اشتركا فالشركة في المال
خاصة صورة ومعنى ولا فرق في جوازها بالمعنى الاول بين ان يكون عملهما
مختلفا ومتفقا ولا بين ان يعلما نسبة احد العملين الى الاخر وعدمه لان الاعتبار
في الصفقة المتعددة بالعلم بعوض المجموع لا الاجزاء واجرة مثل المجموع هنا معلومة
وح فيقسم عليهما على نسبة العمل وطريقه معرفته ان ينسب اجرة مثل عمل احدهما
الى اجرة مثل العملين ويوخذ من المسمى بتلك النسبة هذا مع العلم بالنسبة ومع الجهل
يحتمل ما تقدم من التساوي والصلح والثاني اقوى وكذا القول في كل مالين امتزجا
وجهل قدر كل منهما قوله ولا شركة الوجوه لشركة الوجوه تفسيرات اشهرها
ان يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما بعقد لفظي ليبتاعا في الذمة
الى اجل على ان ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبيعان ويؤديان الاثمان
وما فضل فهو بينهما وقيل ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل
ويشترطا ان يكون الربح بينهما وقيل ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال
ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه والربح
بينهما وقيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له والكل عندنا
باطل خلافا لابن الجنيد فانه جوزها بالمعنى الاول ولابي حنيفة مطلقا وح
فاذا ادى احدهما للاخر في المنزل فاشترك الهما دفع الشركة عنهما وكانا شريكين
لانه بمنزلة الوكيل وقد اشترى باذنه ويختص ط فيشترط شروط الوكالة وادا كان
المال لاحدهما وباع الاخر سواء كان خاملا ام لا صح البيع لوكالة المالك وللمباشر اجرة

الصفقة ر

يشترك ر

المثل العمل ولا شيء له في الربح قوله ولا شركة المعاوضة هي ان يشترك شخصان فصاعدا
على ان يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم
فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الاخر من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف
وغرامة لضمان وكفالة ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث ونحوه من ركاز ولقطة
ويكتسبه في تجارة من ماله المختص به ولا يستثني من ذلك الا قوت يومه وثياب
بدنه وجارية يتسراها فانه لا يشاركه الاخر فيها وكذا يستثني من الغرم الجناية
على الحر وبذل الخلع والصداق ان لزم احدهما وقال صاحب اصلاح المنطق شركة
المعاوضة ان يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما وهو مخصوص بما ذكرناه
لاستثناء القائل بها ذلك وهي باطلة الا عند ابي حنيفة ومن شذ قوله وانما
تصح بالاموال لا خلاف بين المسلمين في صحة الشركة بالاموال وهي المعبر عنها
بشركة العنان بكسر العين ككتاب وهو سير اللجام الذي تمسك به الدابة
واختلفوا فيما اخذت منه هذه اللفظة فقيل من عنان الدابة اما لاستواء
الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر راس المال كاستواء
طرفي العنان او تساوي الفارسين اذا استويا في سيرهما فان عنانيهما يكونان سواء واما لان كل واحد منهما يمنع الاخر من التصرف كما يشتهي ويريد
كما يمنع العنان الدابة واما لان الاخذ بعنان الدابة حبس احدي يديه
على العنان ويده الاخرى مطلقة يستعملها كيف شاء كذلك الشريك منع بالشركة
نفسه بالتصرف في المشترك كما يشتهي وهو مطلق اليد والتصرف في سائر امواله
وقيل من عن اذا ظهر اما لانه ظهر لكل منهما مال صاحبه او لانها اظهر انواع الشركة ولذلك اجمع على صحتها وقيل من المعانة وهي المعاوضة فان كل واحد
منهما عارض بما اخرجه الاخر والاقرب في ذلك فالمراد بصحة الشركة بالاموال

بجارية يتسراها

يحتمل كونه نفي الشركة بالمعنى الاول كما يقتضيه السياق وكونه نفيها بالمعنى الاخير لانه الغرض الذاتي منها ولذلك لم يعرفها عليه غالب المتاخرين شركة العنان وهي شركة الاموال وهي ان يخرج كل مال ومزجاه ويشترطا العمل بابدانهما وبينه على الغير قول المص عقيبه ويتساوى الشريكان في الربح الى اخره فيكون هذا اول الشروع في الشركة بالمعنى الثاني وح فلا بد لها بهذا المعنى مع اشتراكهما في المالين من صيغة تدل على الاذن في التصرف لانهما ممنوعان منه كتبر الاموال المشتركة وهي اللفظ الدال على الاذن فيه على وجه التجارة سواء كان قبل الامتزاج ام بعده وسواء وقع من كل منهما للاخر لم اختص احدهما وبهذا المعنى لحقت تقسيم العقود في كلام ابن ثم رتب عليهما احكام يذكرها المص بعد هذا **قوله** ويتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساويه ولو كان لاحدهما زيادة كان له من الربح بقدر راس ماله وكذا من الخسارة ه لا شبهة في كون الربح تابعا للمال لانه نماؤه فاذا كان لكل مال احدهما مثل ما ازيد من مال الاخر فله من الربح بنسبة ماله وان عملا معا ارضا بذلك على وجه لا يخالف المشروع حيث جعل الربح تابعا للاصل وخالف في ذلك بعض العامة فمنع من الشركة مع عدم تساوي المالين في القدر لاتفاقهما في العمل كما لا يجوز ان يختلفا في الربح مع اتفاقهما في المال ويندفع بان المعتبر في الربح المال والعمل تابع فلا يضر اختلافه كما يجوز مع تساويهما في المال عند الكل وان عمل احدهما اكثر **قوله** ولو شرط لاحدهما زيادة في الربح مع تساوي المالين او التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين قيل تبطل الشركة اعني الشرط والتصرف الموقوف عليه ويأخذ كل منهما ربح ماله ولكل منهما اجرة مثل عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله وقيل تصح الشركة والشرط والاول اظهر الخ ه اذا اشترطا تساوي الربح مع تفاوت المالين او تفاوته مع تساويهما فللاصحاب فيما قوال احدها

الصحة ذهب اليه المرتضى مدعيا الاجماع وتبعه جماعة منهم العلامة ووالده وولده لعموم اوفوا بالعقود والاذن يكون تجارة عن تراض وقد وقع على ما اشترطاه وقوله صلى الله عليه واله المؤمنون عند شروطهم ودلالة الاجماع المنقول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الادلة وللاصالة والاباحة وبنا الشركة على الارتفاق يكل منهما ومن جملته موضع النزاع والثاني البطلان ذهب اليه الشيخ وابن ادريس والمص وجماعة اخرى لان الاستناد ليل يدل على الصحة ولانه اكل مال بالباطل لان الزيادة ليس في مقابلها عوض لان الغرض انها ليست في مقابلة عمل ولا وقع في اشتراطها في عقد معاوضة ليضم الى احد العوضين ولا اقتضى تملكها عقد هبة والاسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا لحدها فيكون اشتراطها اشتراطا لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك كما لو دفع اليه دابة يحملها عليها والحاصل لهما فيبطل العقد المتضمن له اذ لم يقع التزامهما بالشركة والاذن في التصرف الا على ذلك التقدير وقد ثبت فساده فلا يندرج في الامر بالايفاء بالعقود ولا في المؤمنون عند شروطهم وليست الشركة تجارة الا ان يكون الشرط للعامل وجواز اكل مال الغير بالرضا ولا التراضي وهذا يتم مع زيادة عمل ممن شرطت له الزيادة والا لكان معاوضة وتجارة ولم يرد عليه ما ذكر ويتفرع على هذا تعين الجواز بذلك والثالث قول ابي الصلاح ليصح الشركة دون الشرط وجعل شرط الزيادة اباحة لها يجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية وهو مبني على ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد وقد تقدم ضعفه اذا تقرر ذلك فمعنى بطلان الشركة على القول به الشركة بالمعنى الثاني وهي العقد الدال على الاذن في التصرف لا الشركة المعنوية ابتداء لان امتزاج المالين متحقق واليه اشار المص بقوله اعني الشرط والتصرف وقال الشهيد في شرح الارشاد ان الموصوف بالصحة والبطلان ليس نفس الشركة العنانية اذ لا يكن

وقوعها على وجهين بل المراد به نفس الشرط وما يتوقف عليه كالاذن في التصرف وفيه نظر لان الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه يوصف بالصحة والبطلان بل ليس الغرض من الشركة في الاموال الا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه اللهم الا ان يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المذكور هي العنانية كما يظهر من التذكرة انها مركبة من مزج المالين والعقد وليس بشكل بنا اذا لم يكن شركة عنان فهي احد الاقسام الاخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان والحصار مطلق الشركة في المذكورات وغاية ما يلزم انها تطلق على المعنيين معا لكونهما في الثاني اظهر وكيف كان فالباطل هو الشركة بمعنى العقد المذكور ثم على القول بالبطلان اما مطلقا او على بعض الوجوه يثبت لكل واحد اجرة مثله ويقتسمان الربح على نسبة المالين ويتقاصان ولو اصطلحا بعد ظهور الربح على ما شرطاه اولا او على غيره صح على ما سلف في الصلح **قوله** هذا اذا عملا في المال اما لو كان العامل احدهما وشرط الزيادة للعامل صح ويكون بالقراض اشبه ه صحة الغرض المذكور واضح لكون الربح في مقابلة عمل فيكون العقد شركة وقراضا ويلزم مثله فيما اذا عملا معا ولو شرطت الزيادة لمن زاد في العمل اما مع تساوي المالين وزيادة عمله او مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل او زيادته بطريق اولى لاشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابلة عمل وكان العقد عقد معاوضة من الجانبين بالنظر الى ان العمل متقوم بالمال ولكن المص اطلق المنع مع علمه بحكمه ان العلامة اطلق الجواز معه والتفصيل حسن **قوله** واذا اشترك المال لم يجز لاحد الشركاء التصرف فيه الا مع اذن الباقين ه اراد بالشركة المعنى الاول وتوقف التصرف على اذن الشركاء واضح لقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه ولا فرق في ذلك بين كون الشركة عن مزج وغيره ولا في المزج بين كونه بفعلهما وغيره فان الاذن

في التصرف امر زائد على مفهوم الشركة بذلك المعنى **قوله** فان اطلق له الاذن تصرف كيف شاء اي كيف شاء من وجوه التجارة والاسترباح وما فيه مصلحة الشريك من البيع والشراء مرابحة ونقدا ونسيئة وتولية ومواضعة حيث يقتضيها المصلحة وقبض الثمن واقباض المبيع والحوالة والاحتيال والرد بالعيب ونحو ذلك كما في الوكيل المطلق وهل يتناول اطلاق اللفظ السفر حيث شاء ام يمتنع مطلقا الا باذن خاص وجهان من دخوله في الاطلاق واشتماله على مظنة الربح اكثر ومن كونه مظنة الخطر فيخرج من الاطلاق بدليل منفصل ولا يجوز له اقراض شيء من المال الا مع المصلحة كمال اليتيم ولا المحاباة في البيع ولا المضاربة عليه لان ذلك ليس من توابع التجارة ولا يتناوله الاطلاق **قوله** ولو عين له السفر في جهة لم يجز له الاخذ في غيرها او نوعا من التجارة لم يتعد الى سواها لا فرق مع تعيين الجهة والنوع بين ان ينهاه عن غيرهما ويسكت لبقاء الترك على اصل المنع ثم لو خالف في جهة السفر ضمن وصحت التجارة لان الاذن لم يتبدل ولو خالف في نوع التجارة كان فضوليا فيبطل مع رده وكذا البضع لو عين له جهة من السفر وغاية معينة فجاوزها في تلك الجهة **قوله** ولو تعدى المتصرف ما حد له ضمن ه لا فرق في التحديد بين ان يدل عليه عموم اللفظ وخصوصه فلو سافر اعتمادا على اطلاق الاذن وقلنا انه لا يتناوله ضمن والتحديد قد يكون باعتبار نوع التجارة وزمانها ومكانها وعلى كل تقدير يحصل بمخالفة الماذون ولا تبطل الشركة بذلك **قوله** ولكل من الشركاء الرجوع في الاذن والمطالبة بالقسمة لانها غير لازمة ه الشركة تعنيها عرايه وان زال الاول لتقويه والمطالبة بالقسمة والثانية بقوله الرجوع في الاذن اما الاول فظاهر اذ لا يجب على الانسان مخالطة غيره في ماله والاصل ان يتصرف كل منهما في ماله كيف شاء ومن جملته افراده ولما الثانية فلان مرجعها الى الاذن في التصرف وهو في معنى الوكالة فتكون جائزة والا انشأ في

بالجواز
قوله غير لازمة الي الاجل وانما نفي ان يكون اشارة الي الثانيه لان الموصوف
واللزوم هو العقد قوله بحيث تكون لازمة الي الاجل وانما نفي لانها عقد جايز
فلا يوثر شرط التاجيل فيه بل لكل منهما فسخها قبل الاجل نعم يترتب على الشرط عدم
جواز تصرفهما بعده الا باذن مستانف لعدم تناول الاذن له فلشرط الاجل اثر
في الجملة قوله ولا يضمن الشريك ما تلف في يده لانه امانه الا مع التعدي لما قد عرفت
انه وكيل فيكون امينا من قبل المالك قوله ويقبل قوله مع يمينه في دعوي التلف
سوا ادعي شيا ظاهرا كالغرق او خفيا كالسرق وه الحكم بامانته يقتضي قبول
قوله في التلف ولانه لولاه لامكن صدقه في نفس الامر فلو لم يقبل منه لطولب
بالعين وادي الي تخليد الحبس وبه بالتسوية بين الامرين على خلاف بعض
العامه حيث فرق بينهما فقبل في الخفي دون الظاهر قوله وتبطل الاذن بالجنون
والموت لبطلان الوكالة بهما وفي معناهما الاغما والحجر للسفه والفلس ثم في صورة الموت
تكون القسمة للوارث ان لم يكن دين ولا وصية والا بني على الانتقال اليه وعدمه
قوله القسمة وهي تمييز الحق من غيره وليست بيعا سوا كان فيها رد ام لم يكن
ذكر في هذا الكتاب نبذة من احكام القسمة لمناسبة المقام واخر باقي الاحكام
الي كتاب القضا ولو جمعه هنا لكان انسب واعلم ان القسمة عندنا تمييز حق احد
الشركا عن حق الاخر وليست بيعا وان اشتملت على رد لانها لا تفتقر الى صيغة
ولا تدخلها الاخبار في غير تلك الافراد التي يدخلها الخيار في البيع ويتقدر احد
النصيبين بقدر الاخر ويتحدا ويتساويا والبيع ليس فيه شي من ذلك واختلاف اللوازم
والخواص المطلقة يدل على اختلاف الملزومات والمعروضات وخالف في ذلك بعض
العامه مطلقا وفيه قسمة الرد لشبهه ان كل جز يفرض مشترك بينهما فيختص
كل واحد بجز معين وازالة ملك الاخر عنه بعوض مقدر وهو ملكه في الجز الاخر

ولسه ولو شرط التاجيل في الشركه لم يصح ولكل منهما ان يرجع متي شاء والمراد بعدم التاجيل المنفيه ترتب اثره عليه بحيث يكون لازمة الي الاجل وانما لم يصح لانها عقد جايز فلا يوثر شرط التاجيل

الا ببينة صح

على جهة التراضي بمعني البيع لان ذلك حلا الاحكام الاتحاد وتظهر الفايدة في
الشفعة وفي بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض قبل في البيع
وفي قسمة الوقف من الطلق وخيار المجلس وغير ذلك قوله ولا تصح الا باتفاق
الشركا اي لا تصح مطلقا او لا تصح من احد الشركا بدون مراجعة الشريك او من يقوم
مقامه والاقتصار على بعده بلا فصل انه يجبر الممتنع على بعض الوجوه مع ان المجبر غير راض
ولقد كان يغني عن هذا الحكم ما بعده لما فيه من الايهام قوله لكن لا ضرر في قسمة
يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة لا خلاف في اجبار الممتنع على قسمة ما
لا ضرر فيه في الجملة ولكن اختلفوا في معنى الضرر المانع من الاجبار ومنه تعرف قسمته
على اقوال احدها نقصان القيمة نقصانا لا يتسامح فيه عادة لان فوات المناط الضرر
في الاموال ولقوله صلى الله عليه واله لا ضرر ولا اضرار وهو عام وثانيها عدم
الانتفاع بالنصيب بمفرده لمصيد الضرر والحرج واضاعة المال المنفي والمنهي عنه وثالثها
عدم الانتفاع به منفردا فيما كان ينتفع به مع الشركة مثل ان يكون بينهما دار صغيرة
اذا قسمت اصاب كل واحد منهما موضع ضيق لا ينتفع به في السكني كالاول وان
امكن الانتفاع به في غير ذلك وهذا اعم من الثاني بحسب المحل والثاني اعم بحسب الاستغراق
والاقوي اعتبار الاول اذا تقرر ذلك فمتساوي الاجزا كالحبوب والادهان تقسم
قسمة اجبار على الاول والثالث والجوهرة الواحدة الصغيرة لا تقسم كذلك اجماعا
لعدم الانتفاع بجزئها نعم لو كانت كبيرة بحيث يعتد بدخولها في بعض المركبات من
المعاجين المفرحه والاكحال خرجت من الثاني والمراد بالجبر الممتنع من هذا ونظايره
الحاكم الشرعي ومع تعذره ففي جواز استبداد الشريك بها وجه بجبر الاضرار
واعلم ان ما لا ضرر في قسمته اعم من كونه مشتملا على رد وعدمه وانما يجبر الممتنع
مما لا ضرر فيه مع عدم اشتماله على الرد على الرد لانه حينئذ يكون كبيع جز من المال ولا يجبر عليه

ويتلقالتيم .... ولا تقسم ... الا بالاتفاق

الماليه صح

على جميع الاقوال ومثله الثياب المتعددة المختلفة ... والحيوان والعبيد على الاقوى والحمام الضيق والرحا ذات المدار الواحد ونحو هما لا تجوز قسمته قسمة اجبار صح

احدهما او ادخاله في قسم الضرر غير مصطلح هنا قوله ويكون بتعديل السهام
والقرعة اي تكون القسمة الاجبارية ثابتة بذلك بمعنى حصلت القرعة لزمت
سوا كان المتولي لذلك قاسم الامام ام المتقاسمين ولو اشتملت على رد وكان القاسم
منصوبا لزمت بها ايضا والا توقفت على تراضيهما بعدها لاشتمالها على المعاوضة
فلا بد من لفظ يدل عليها واقله ما دل على الرضا قوله وكلما فيه ضرر كالجوهر والسيف
والعضايد الضعيفة لا يجوز قسمته ولو اتفقا الشركا على القسمة وقد عرفت معنى
الضرر في مثل ذلك وامثلة المصنف تشمل الاقوال فان قسمة الجوهرة تزيل القيمة
غالبا والسيف ينقصها لتفوت المنفعة بالجز على الوجه الذي كان ينتفع بها
فيه اولا والعلم بخلافه من الاقوال وكذا سياتي ان شا الله تعالى في كتاب القضا
انه يختار كون الضرر نقص القيمة وحكمه هنا بعدم جواز قسمة ما فيه ضرر يشتمل على
الضرر وان اتفقا على القسمة غير معروف وانما هو المعهود الذي ذكره هو في
بابه وغيره ان القسمة المشتملة على ضرر لا يجبر الممتنع عليها لكنها تصح بالتراضي
خصوصا مع تفسير الضرر بنقصان القيمة فان مجرد ذلك لا يبلغ حد المنع نعم
لو فسر بعدم الانتفاع امكن من حيث استلزامها تضييع المال لغير عوض
لانه اذا لم ينتفع بالاجزا الباقية فالقسمة محض الاتلاف قوله فلا يقسم
الوقف لان الحق غير منحصر في المتقاسمين هذا اذا كان الواقف واحدا واما التعدد
في الموقوف عليهم كالبطون المتعددة فان الحق يتغير بزيادتها ونقصانها
فربما استحق بعض بطون المتقاسمين اكثر مما ظهر بالقسمة لموت بعضهم وبالعكس
وكذا لو تعدد الواقف واتحد الموقوف عليه كما لو وقف جماعة على شخص وعلى
ذريته واراد بعض الذرية القسمة لعيرها ذكرنا اما لو تعدد الواقف والموقوف
عليه كما لو وقف واقف نصف عين على شخص وذريته واخر على غيره كذلك

تامه يا

والعضايد صح

لبطون

جاز للموقوف عليهما الاقتسام بحيث يمتاز كل وقف على حدته وكذا لو ربتهما دون
الذرية الواحدة ولو كان التعدد فيهما على غير هذا الوجه كما لو وقف اثنان على كل واحد
من الاثنين فحكمه حكم المتحد والضابط ان الوقف الواحد لا تصح قسمته وان تعدد
الواقف والمصرف وهو المراد من العبارة قوله ولو كان الوقف لملك لواحد
وقفا وطلقا صح قسمته لانه تمييز للوقف من غيره هذا اذا لم يشتمل على رد او اشتملت
وكان الراد الموقوف عليه لانه زيادة في الوقف ولو انعكس لم يصح لانه كبيع جزء
من الوقف على تقدير الرد من الموقوف عليه هل تقتضي جميع حصته وقفا
ام يكون ما قابل الرد من الحصة ملكا له لانه معاوض عليها احتمالان والثاني
اوجه نعم لو كان في مقابلة الرد وصف محض كالجودة كان الجميع وقفا لعدم
قبوله للانفصال ولا فرق في جواز قسمة الوقف من الطلق بين كون الجميع لواحد
والمختلف قوله لو دفع انسان دابة واخر راوية الى سقا على الاشتراك في الحاصل
لم تنعقد الشركة وكان ما يحصل للسقا وعليه اجرة مثل الدابة والراوية
لبطلان هذه الشركة لما سبق لانها مركبة من شركة الابدان وشركة الاموال
مع عدم مزجه فتقع باطلة ولا يكون من صاحب الدابة والراوية اجارة لان
الاجرة غير معلومة فالحاصل من العمل للسقا وللاخرين عليه اجرة مثل ما لهما لاجل
العمل وهذا يتم مع كون الما ملكا للسقا او مباحا ولم ينو الملك لغيره او لم ينو شيا اما لو
نواه لهم جميعا كان كالوكيل والاقوى انهم يشتركون فيه وتكون اجرته واجرة
الراوية والدابة عليهم اثلاثا فيسقط عن كل واحد ثلث الاجرة المنسوبة اليه
ويرجع على كل واحد بثلث ويكون في سقيه للما عن كالوكيل لاذنهم له في التصرف
ان قلنا ببقا الاذن الضمني مع فساد المطابقي والا توقفت المعاوضة على
الماء على اجازتهما فان اجازا او قلنا بعدم الافتقار اليها فالحاصل من العمل بينهم

لشائع ... الموقع

ثلاثا ويرجع كل واحد على الاخرين بثلث اجرة نفسه او ماله فلو فرضنا ان السقا حصل اربعة وعشرين وكانت اجرة مثله خمسة عشر واجرة الدابة اثني عشر والراوية ثلاثة عشر لكل منهم من الحاصل ثمانية لا لعوض ما لهم بناء على ما اخترناه من جواز التوكيل في حيازة المباح وسياتي تحققه ثم يرجع السقا على كل واحد منهما بخمسة ويرجع صاحب الدابة على كل واحد باربعة وصاحب الراوية بثلثهم ثم ياخذ السقا خمسة ويعطيانه عشرة بفضل له ثلاثة عشر وياخذ من صاحب الدابة ستة ويعطيانه ثمانية بقي معه عشرة وياخذ من صاحب الراوية تسعة ويعطيانه درهما يفضل له من المجموع درهم فالمجتمع معهم اربعة وعشرون هي الحاصل من عوض المالك ولو حكم بالمجموع للسقا وكلف باجرة مثل ما لهما عرم لهما الرايد وانما حكم المص هنا بلزوم الاجرة خاصة لما سياتي من حكمه بعدم جواز التوكيل في تملك المباحات **قوله** لو حاش صيدا او احتطب او حش بنية انه له ولغيره لم يورث تلك النية وكان باجمعه له خاصة هذا الحكم انما يتم لو لم يكن وكيلا للغير في ذلك والاتي الاشكال الذي ذكرو في توقف ملك المباح على النية فانا لو قلنا بتوقفه وكان وكيلا ثبت الملك لهما ولو قلنا بعدم توقفه فعي ثبوت الملك للمحيز نظر من حصول علة الملك وهي الحيازة فيثبت المعلول ومن وجود المانع للملك وهو نيته عدمه بل اثباته للغير ولا يلزم من العمل بعدم توقف الملك المجاز على النية عدم توقفه على عدم النية الصارفة عن الملك والا لكان من يجني مراعي الطريق فيها وان لم يرده كالارث ولا دليل عليه والا لكان من يحيي حجرا عن الطريق او عطف غصن شجرة او حمل حجرا ويشبه ما يملكهما ولا يجوز لاحد بعده التعرض له وهو بعيد جدا ويمكن ايقاع ذلك على نفس ما ثبت بعد الاعراض عنه بعد ذلك اباحة للغير كما لو اعرض عن المال اليسير وبقايا الثمرات والسنبل ونحو

ذلك

واحدة

انتفاع

ذلك هنا اولى وبالجملة ففي الحكم بملك المحرز بنية انه له وللغير اجمع نظر على القولين ولعل الاقوى انه لا يملك الا ما نواه لنفسه ونفي في الباقي ما سياتي **قوله** وهل يفتقر المحرز في تملك المباح الى نية التملك قيل لا وفيه تردد منشا التردد دال اليد سبب للملك ولهذا يجوز الشهادة به بمجرد ها ولانها سبب في الجملة قطعا وانما الشك في توقفه على امر اخر والاصل عدمه ومن اصالة عدم الملك في المباح خرج عنه ما حصل بالحيازة والنية معا فيبقى الباقي ولحكمهم بان ما يوجد في جوف السمكة التي اصلها الاباحة يكون للواجد مع تحقق الحيازة له تبعا لها وانما تخلفت النية لعدم رؤيته واجيبت بان ما في بطن السمكة مما لا يعد جزءا منها مثل غذائها لا يعد محوزا بحيازتها ولو سلم فغايته ما يلزم القصد الى المحوز والشعور به ولو تبعا لا النية وفيه نظر لان الاول مصادرة محضة اذ لا شك في حصول معنى الحيازة بجميع ما صار تحت يده وملكه بيعه واشتراط الحكم العلم في تحقق الحيازة غير واضح لان مرجعها الى الاستيلاء ووضع اليد فاعتبار امر اخر لا دليل عليه ولان اجزاء السمكة الداخلة غير مشعور بها والقصد اليها هو الذي تسميه نية اذ لا يعتبر في النية سوى قصد الحيازة لنفسه والفرق بين الاجزاء وما في الامعاء بان حصل القصد الى الاجزاء لا الى ما في الامعاء الا انه مجوز للنية وان لم علم تعليقها به لكنها لم تنصرف عنه بحيث يعد معرضا عنه فعدم ملك المحيز لم يستوف لسبب الا فوات النية قيل لو اشترط النية في حصول الملك لم يصح البيع قبلها لانتفاء الملك والتالي باطل لاطباق الناس على فعله من غير توقف على العلم بحصول النية حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما بعد تحقق النية لم يستفد لعدم النية الملك فلم يحكم على الملك قلنا لا يلزم من دلالة البيع على الملك ظاهرا وجعل الشارع ذلك علامة عليه كونها دليلا له في الواقع

وانما جعلت دليلا عند اشتباه الحال ليقوم به نظام النوع اذ لولاه لما قام للمسلمين سوق ومتى علم تخلف الملك عنها انتفى حتى لو وضع المحرز يده على شيء عرفا وملكه لم يكن فيما بينه وبين الله مالكا لعدم حصول ما يوجبه فانه لم يقصد الحيازة ولا الملك وانما اتفق له قبضه بيده ومع هذا يحكم له ظاهرا بالملك فلو قال اني ما نويت الملك ولا الحيازة وانما وضعت يدي عبثا كيف يحكم له بالملك فهذا ما لا دليل عليه وعلى هذا فالذي اطبق الناس على فعله البيع في البيع على ظاهر الملك ولا الحكم بالملك في نفس الامر والكلام انما هو في تحقق الملك للمحيز فيما بينه وبين الله تعالى لا بحسب الظاهر وفرق بين الامرين وقد كان الامام فخر الدين اورد على والده مسئلة بيع المجاز قبل نية التملك فاجابه بان نية البيع يتضمن نية الملك وهو حق لان الغرض من هذه النية مجرد قصد الاختصاص وارادة البيع دالة عليه ونقض بان بيعه لا ينحصر في المباشرة بل قد يتفق من الوكيل والوارث الذي لا علم له بالحال وجوابه كما تقدم من ان تصرف حكم تصرفهم مبني على الظاهر وان كان في نفس الامر لم يتحقق الملك ومثله كثير واورد ايضا حيازة الصبي والمجنون بانهما لا قصد لهما ولا يعتد باختيارهما وجوابه منع ذلك فان الصبي المميز يعتبر قصده واختياره في كثير من الاحكام الشرعية واما المجنون فامره غير منضبط فان من المجانين من يقصد الى الاختصاص بالحوزة وهو على اشد حرصا من كثير من العقلاء ولا شك بحصول الملك لهذا النوع ومنهم من لا قصد له وهذا لا يصلح للتملك المباح بمجرد الحيازة وبالجملة فالحكم في ذلك ان يبني على الحكم في نفس الامر فمتى لم يحصل القصد الى الاختصاص بالمباح فالاصل بقاء عدم الملك واستصحاب حكم المباح هذا بالنظر الى المحيز نفسه واما بالنظر الى غيره فاذا راى تحت يده شيئا من ذلك يحكم له به ظاهرا ولا يجوز له تناوله بغير اذنه

لان

لان اليد جعلها الشارع دليلا ظاهرا على الملك ومن هذا الباب ما يجده في الجبال من الحطب والخشب ونحوهما من المباحات التي قد حصل عليها اثر اليد فانه يحكم بها لهم عملا بظاهر اليد ولا يلتفت فيها الى اصالة عدم النية لان اليد حجة شرعية اقوى من هذه الاصالة وجريه واذا راينا شيئا تشهد القرائن الحالية على ان محرزها لم ينو التمليك كالمقطوع لغرض من الاغراض كاصلاح طريق واطعام دابة وترك لعدم تعلق الغرض بالباقي فالاصل فيه البقاء على الاباحة مع احتمال المنع هنا عملا بظاهر اليد فان كان الفاعل فيما بينه وبين الله تعالى لم يحصل الملك وتظهر الفائدة فيما لو راى الفاعل احدا قد حازه بعد ذلك ففي ظاهر الشرع بعدم قوله عملا بظاهر اليد وفيما بينه وبين الله تعالى لا يجوز له اخذه منه لعدم حصول ما يقتضي الملك واعلم ان المسئلة موضع تردد لكثير من اكابر الفقهاء كالمص على ما رايت والشيخ رحمه الله والعلامة في كثير من كتبه وجماعة اخرين وجملة الاقوال فيها الى ثلاثة الاكتفا بمجرد الحيازة والافتقار معها الى النية والاكتفا بالحيازة مع عدم نية عدم التملك فلو نوى عدمه انتفت ولم يثبت الملك وهذه المسئلة لا تعلق بكتاب الشركة الا بواسطة مسئلة السقا والصياد ونحوهما لانها كالمقدمة لهما فلو ذكرت قبلهما وبني حكمها عليها كان اوفق للوضع **قوله** لو كان بينهما مال بالسوية فاذن احدهما لصاحبه في التصرف على ان يكون الربح بينهما نصفين لم يكن قراضا لانه لا شركة للعامل الى قوله بل يكون بضاعة المراد بالبضاعة هنا المال المبعوث مع الغير ليتجر فيه تبرعا قال في الصحاح البضاعة طائفة من مالك تبعثها للتجارة يقول ابضعته واستبضعته جعلته بضاعة وانما كان هذا بضاعة لانه لم يشترك في الربح فلا يكون قراضا ولا شركة لانه لم يعمل معه وبنا الشركة على عمل الشريكين فاذا عمل الشريك وحده كان الربح بينهما على نسبة المال

يرجع

للوضع

الربح

وعلم بهم معونة وتبرعا الا انه لم يشترط لنفسه مقابلته عوضا **قوله** اذا اشترى احد
الشريكين فادعى الاخر انه اشتراه لهما وانكره فالقول قول المشتري مع يمينه لانه ابصر
بنيته ولو ادعى انه اشترى لهما فانكر الشريك فالقول ايضا قوله لما قلنا اه الوجه في
الاولى انه وان كان وكيلا الا انه لا يتعين عليه العمل بمعنى الوكالة لانها ليست بلازمة
فاذا نوى الشرا لنفسه وقع له فيقبل قوله في دعواه نية ذلك مع يمينه لانه ابصر
بنيته وانما يتوجه دعوى الشريك عليه اذا جعلها على وجه مسموع بان يدعي اقراره
بذلك ونحوه اما لو ادعى الاصطلاع على نية ذلك لم يكن مسموعا لانه محال ولا يكون معه
فيه الامر قبله نعم لو جعلها تهمة اتجه فيها ما في دعوى التهمة لانها من الامور
الخفية واما الثانية فانه وكيل والوكيل قوله مقبول في الفعل الموكل فيه كما سياتي
قوله لو باع احد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في القبض وادعى المشتري
تسليم الثمن الى البايع وصدقه الشريك برئ المشتري من حقه وقبلت شهادته على
القابض في النصف الاخر لارتفاع التهمة اما براءته من حق المقر فلاعترافه بوصول
حقه الى شريكه وهو البايع فلعدم التهمة في هذه الشهادات واما قبول شهادته
على المقر على القابض اه اي المدعى عليه القبض وهو البايع في النصف الاخر وهو نصيب
البايع فلعدم التهمة في هذه الشهادة لانه لم يشهد لنفسه بل على شريكه والشهادة
على الشريك مقبوله هذا اذا كانت شهادته بقبضه لحصته خاصة اما لو كانت
الشهادة بقبض الجميع ففي قبولها نظر من عموم سماعها في حصة الشاهد وتبعض
والشهادة اذا ردت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي ام لا وجهان واعلم ان
ها هنا دعويين احدهما بين المشتري والبايع والثانيه بين الشريكين ذكر
حكم الاولى دون الثانية مع ان الثانية بباب الشركة اولي اما الاولى فان
تفرعت فطالب البايع المشتري بنصيبه من الثمن فادعى وصوله اليه فان اقام

الاطلاع

والمهم

البينة بريء من الحقين اما من حق البايع فبالبينة واما من حق الشريك فبما او
بالاقرار وتقبل هنا شهادة الشريك المقر على البايع بالاداء اليه ان كان عدلا
اذا شهد لحصة البايع خاصة لانتفا التهمة وفي الشهادة بالجميع ما مر وان لم
يكن للمشتري بينة بالاداء اليه ان كان عدلا اذا شهد لحصة البايع والقول
قول البايع مع يمينه فان حلف استحق اخذ نصيبه خاصة لاعتراف شريكه ببراءة
المشتري من حقه بقبض وكيله لم ويطلان وكالته بفعل متعلق الوكالة ولا يشارك
الشريك البايع فيما يقبض وان كان المال في اصله مشتركا قد حصل بعضه وتوى
الباقي لاعترافه بان هذا المقبوض ظلم وان الحق في ذمة البايع بالقبض الاول ولو
نكل البايع على اليمين ردت على المشتري فان حلف انه اقبضه الجميع انقطعت عنه
المطالبة وان نكل الزم بنصيب البايع وان لم نقض بالنكول لاصالة بقا اليمين
في ذمته حيث لم يثبت الادا لحصة البايع وحيث يثبت الادا الى البايع بالبينة
وللشريك المطالبة بحصته الا ان يثبت بذلك وشاهد ويمين او باليمين المردوده
على المشتري او بنكول البايع ان قضينا به لان ذلك انما يوثر في حق المتخاصمين
لا في حق غيرهما واما الدعوى الثانية بين الشريكين فان اقام الشريك البينة
بقبض البايع طالبه بحقه كما مر والا فالقول قوله في عدم القبض فان حلف
انقطعت عنه الدعوى وان نكل او ردا اليمين حلف الشريك المقر واخذ منه
حصته ولا يرجع البايع بذلك على المشتري لاعترافه بظلم الشريك في فعله ولا انقطاع
وكالته بفعل متعلق الوكالة كما مر ولبراءة المشتري من ثمن الاذن باقراره ولا يتحقق
ان البايع ادى دين المشتري فيرجع به هذا حكم الخصومتين اذا تقدمت الاولى
ولو تاخرت عن الثانيه فالحكم كما مر الا ان الشريك المقر لا تقبل شهادته على
البايع لتحقق خصومته واما المشتري فلا تقبل شهادته للمقر على التقديرين

البينة
لسق

قوله ولو ادعى تسليمه الى الشريك فصدقه البايع لم يبرأ المشتري من شي من الثمن
لان حصة البايع لم تسلم اليه ولا الى وكيله والشريك ينكر فالقول قوله مع يمينه اه
النزاع في هذه المسئلة مع الشريك البايع الاذن في قبض البايع وهي في مقابلة الاولى وجمله
احكامها ان البايع اما ان يكون قد اذن للشريك في قبض حقه اولا وعلي التقديرين
فاما ان يكون الشريك المدعى عليه اذن ايضا للشريك في القبض اولا فان كان الشريك
ماذونا له في القبض برئ المشتري من حصة البايع لاعترافه بقبض وكيله ثم يبقى هنا
خصومتان كما تقدم احدهما بين البايع والشريك والاخرى بين المشتري والشريك والمصنف ترك حكم هذا القسم لامكان استنباطه مما تقدم وان لم يكن ماذونا
له في القبض لم يبرا المشتري من حصة البايع ولم يتوجه بينهما خصومة لانه لم
يقبض حصته الى ولا الى وكيله ولا من حصة الشريك لانكاره فيقدم قوله بيمينه
مع عدم البينة ثم اذا طالب البايع بحصته فللشريك مشاركته فيه لانكاره القبض
كما في قبض كل شريك ولو ان لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه فان شاركه سلم
للبايع ربع الثمن خاصة وليس للبايع مطالبة المشتري بعوضه لاعترافه بظلم الشريك
له في المشاركة وبراءة ذمة المشتري وانعزاله عن الوكالة بقبض الشريك واما الشريك
فيستكمل حصته من المشتري على تقدير المشاركة للبايع لان حقه منحصر فيهما **قوله**
وقيل تقبل شهادة البايع والمنع في المسئلتين اشبه اه اي تقبل شهادة البايع
للمشتري في قبض الشريك منه لعدم التهمة حيث ان الشريك ليس وكيلا للبايع
وحق البايع باق على المشتري على التقديرين وليس الشهادة متبعضة كالاولى نعم
لو كان الشريك ماذونا في القبض تبعضت الا انه غير معروض المصنف ووجه ما اختاره من
المنع انه وان لم يكن شريكا له فيما قبضه الا ان الشهادة تجر نفعا من حيث انه
اذا قبض نصيبه بعد ذلك سلم ولا يشاركه فيه بناء على استحقاق المشاركة اذ لم

حصته

فيستكمل

يثبت القبض وهذا هو الاشهر ولو قلنا بان الشريك يمكن من قبض حقه من المشترك
بانفراده قبلت شهادته اذ لا تهمة ح وسياتي الكلام في ذلك واشار بقوله
في المسئلتين الى شهادة البايع في هذه والشريك في السابقة وقد نقل ما يدل
على وجه المنع في السابقة وانه يحتاج الى تفصيل **قوله** لو باع اثنان عبدين
كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقة بثمن واحد مع تفاوت قيمتهما قيل
يصح وقيل يبطل لان الصفقة تجري مجرى عقدين فيكون ثمن كل واحد مجهولا
القول بالبطلان للشيخ رحمه الله لانه مع تفاوت قيمتهما لم يعرف كل واحد منهما ما يخصه
اذ لا يعرف الا بالتقسيط والقسط لم يكن معلوما حال العقد وحيث كان المالكين
فيهما بمنزلة مبيعين في عقدين ويضعف بان الثمن انما وقع في مقابلة المجموع
وهو معلوم والتقسيط الحكمي لا يقتضي التقسيط لفظا والجهالة انما تتطرق
بالاعتبار الثاني دون الاول ولهذا لو كان المبيع عبدا واحدا ولاحدهما
فيه حصة والباقي للاخر ولم يعلم حصة كل واحد منهما صح بيعه صفقة واحدة
وان اختلف العوض وجهل ما يخص كل واحد منهما وكونهما في حكم العقدين
لا يقتضي كونهما عقدين حقيقة ولهذا لو فسخ في احدهما انفسخ عليه رد الاخر
وليس كذلك اذا كانا عقدين فالقول بالصحة اوضح وقد تقدم الكلام في نظير
ذلك من البيع فيما اذا باع ما يملك وما لا يملك في عقد واحد **قوله** اما لو كان
العبدان لهما وكانا لواحد جاز اه لزوال المانع المذكور حيث انه لا يحتاج الى
تقسيط الثمن عليهما بل يقتسمانه على نسبة الحصص وكذا لو كانا لواحد مع ان
ذلك التقسيط لو اثر لامكن تطرقه لو عرض لاحدهما ما يبطل البيع كما لو خرج
مستحقا او حرا فان البيع في نفس الامر انما وقع على المملوك ولا يعلم قسطه من
الثمن والوجه في الجميع ان الثمن المبيع عند العقد معلوم والتوزيع لا حق فلا يقدح

سح

بالسوية

قوله وكذا الوكالة لكل واحد فقيراً من حنطة على انفراده لانقسام الثمن عليهما

ومثله ما لو كان العبدان متساوي القيمة فان الشيخ رحمه الله انما منع من الختلف

بسبب جهالة ثمن كل واحد منهما وقد نبه عليه المص بقوله مع تفاوت قيمتهما و

وقد بينا ان شركة الابدان باطلة فان تميزت اجرة عمل احدهما عن صاحبه اختص بها وان

اشتبهت قسم حاصلهما على قدر اجرة مثل عملهما لا اشكال في اختصاص كل منهما

باجرته مع تميزها اجمع وكذا لو تميز بعضها اختص به وانما الاشكال مع اشتباه الحال وقد

اختار المص هنا قسمة الحاصل على قدر اجرة مثل عملهما نظرا الى ان الغالب ان اجرة المثل

وان الاجرة تابعة للعمل ومثله قسمة ثمن ما باعاه مشتركا بينهما على ثمن مثل ما لكل منهما

وعلى هذا لو غير بعض حق كل واحد منهما او احدهما ضم في اعتبار النسبة وان اختص

به مالكه وفي المسألة وجهان اخران ذكرهما العلامة احدهما تساويهما في الحاصل من

غير نظر الى العمل لاصالة عدم زيادة احدهما على الاخر ولان الاصل مع الاشتراك التساوي

ولصدق العمل على كل واحد منهما والاصل عدم زيادة احد العملين على الاخر والحاصل

تابع للعمل ويضعف بمنع كون الاصل في المال او العمل التساوي بل الاصل هنا يرجع

البدلان زيادة مال شخص او عمله على اخر ونقصانه وهنا وانه لم ليس اصلا الا

بحسب العادة ولان في نفس الامر وانما يتم ذلك لو اشتركا في سبب يملك كالاقرار

والوصية والوقف وشبه ذلك فهاهنا يمكن الرجوع الى الاصل لاشتراكهما

في اصل السبب والاصل عدم التفاوت لان اثبات الزيادة لاحدهما يتوقف على

امر زائد على لفظ الاقرار والوصية والوقف ونحو ذلك والاصل عدمه بخلاف

ما نحن فيه لان احد العملين غير الاخر والاحتمال قائم في تفاوتهما وتساويهما على حد

سواء وايضا ما ذكر من تغليبه وارد فيما لو امتاز لاحدهما اكثر عمله واشتبه بعضه

مجموع مال الاخر فان اصالة عدم زيادة اصل المالين على الاخر وارد فيه فيلزم اتحاد

العمل ص

الا التاريخ

الحكم عند اشتباه الجميع واشتباه جزء يسير منه وهو باطل والوجه الثاني الرجوع

الى الصلح لانه طريق الى يقين البراءة كما في كل مال مشتبه ولا شبهة في انه اولى مع اتفاقهما

عليه والا فما اختاره المص اعدل من التسوية **قوله** اذا باع الشريكان سلعة

صفقة ثم استوفى احدهما منه شيئا شاركه الاخر فيه موضع البحث ما اذا كان بين

شريكين فصاعدا دين مشترك بسبب كونه ثمن مبيع واحد كبيع سلعة وميراث

واتلاف ونحو ذلك والمص فرضه في بيع الشريكين السلعة صفقة لتناسب باب الشركة

بالمعنى الثاني فانها عقد يقتضي التصرف بالبيع ونحوه مما يثمر الربح واحترز بقوله

لصفقة عما لو كان باع كل واحد نصيبه بعقد وان كان العقدان لواحد فانهما

لا يشتركان فيما يقبضه احدهما عن حقه اجماعا ولا فرق في الصفقة بين كون المشتري

واحدا ومتعددا لان الموجب للشركة العقد الواحد على المال المشترك اذا

تقرر ذلك فلكل من الشريكين في المال المذكور مطالبة المشتري بحقه من الدين

فاذا استوفاه شاركه الاخر فيه على ما اختاره المص والشيخ واكثر الاصحاب

وهو مروي من طرقهم في عدة اخبار الا انها قاصرة عن الاستدلال بها لارسال

بعضها وضعف الاخر وعدم صراحة المطلوب في بعضها وعللوه في ذلك بان

كل جزء من الثمن مشترك بينهما فكل ما حصل منه كان بينهما وذهب ابن ادريس الى

ان لكل منهما ان يقبض حقه ولا يشاركه الاخر فيه محتجا بان لكل واحد منهما

ان يبرئ الغريم من حقه ويهبه ويصالح على شيء منه دون الاخر ومتى ابراه برئ من

حقه وان بقي حق الاخر وكذا اذا صالح عليه وكما لا يشاركه من وهب وصالح للشريك

الاخر كذا لا يشاركه هو لو استوفى ولان متعلق الشركة بينهما كان هو العين وقد

ذهبت ولم يبق عوضها الا دين في ذمته فاذا اخذ احدهما حقه منه لم يكن قد

اخذ عينا من اعيان الشركة بل من امر كلي في الذمة لا يتعين الا بقبض المالك

يستمر ا

ح ا

للمسوغ ا

واما

او وكيله وهنا ليس كذلك لانه انما قبض لنفسه ولا يخفى ضعف الملازمة التابعة

دليلها الثاني فلا باس به وليعضده وجوه اخر منها ان وجوب الاداء انما يطالبه بحقه و

ان لا يكون للشريك فيها حق لكن المقدم حق اتفاقا والثاني مثله بيان الملازمة ان

وجوب الاداء بالمطالبة لحصة الشريك فرع التمكن من تسليمها لاستحالة التكليف

بالممتنع فاذا ثبت تمكنه من دفعها على انها للشريك و دفعها كذلك امتنع ان يكون

للشريك الاخر فيها حق ومنها انه لو كان للشريك في المدفوع حق لزم وجوب

وهو تسلط الشخص على قبض مال الغير بغير اذنه ومنها انه لو كان كذلك لوجب

ان يبرأ الغريم من مقدار حقه من المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة وصحة قبض

عوضه لكن التالي باطل عندهم لانهم يحكمون بكونه مخيرا في الاخذ من ايهما شاء منهما

انه لو نهاه الشريك عن قبض حقه فان تمكن من المطالبة بحصته وجب ان لا يكون للشريك

فيها حق والا امتنع اخذ حقه لمنع الشريك اياه ومنها ان المقبوض اما ان يكون

مالا مشتركا او لا فان كان مشتركا وجب على تقدير تلفه ان تلف منهما كسائر اموال

الشركة ويبرأ ذمة الغريم منه والا لم يكن للشريك فيه حق وعسى في هذه الوجوه

كلها نظر لانها انما ترد لو جعلنا حق الشريك متعينا في المقبوض على جهة الشركة

والامر عند القائل به ليس كذلك وتحقيق الحال ان حقهما لما كان في الذمة امرا كليا

لم ينحصر في فرد كافراد مال المديون الا بقبض المستحق او وكيله فاذا طالب احد

الشركاء فلا شبهة في استحقاقه ذلك لان الاصل في مستحق الدين ان يتسلط

على تحصيله ومن ثم اجمعوا هنا على ان له المطالبة منفردا كما اجمعوا على ان الشريك

اذا لم يجيء شاركه يحيق ما قبض وح فاذا اقبضه المديون شيئا معينا

من ماله فقد تراضي هو والقابض على حصر بعض هذا الامر الكلي في الفرد المقبوض

والحال انه في الذمة و هو الامر الكلي مشترك بين الشريكين فللشريك الاخر

مع

اجازة هذا التخصيص في الفرد المعين فيشاركه فيه وان لا يجيزه ويطالب المديون

بحقه لان حق التعيين لا يتم الا برضاه وح فيتعين المعين او لا القابض وهذا

هو الوجه في جمعهم بين المشاركة ومطالبة المديون بحقه فان قيل اذا كان

تعيين الكلي المشترك متوقفا على رضا الشريكين فيجب ان يبطل حق الشريك القابض

من المقبوض ايضا لان الكلي لا يصح حصره في المعين بسبب عدم رضا الشريك

فكيف يتبعض بالنسبة الى واحد دون واحد مع عدم استحالة الترجيح لغير مرجح

قلنا المرجح هو المقتضي وهو ان القابض قد رضي بتعيين حقه اجمع في المعين

لكنه كان موقوفا على عدم اختيار الشريك مشاركته والحال انه ليس مجموع مال

الدين حتى يحكم ببطلانه بسبب تعلق حق الشريك بالتعيين وانما هو بعضه حقه

فاذا لم يجز الشريك مشاركته فيه انحصر حقه فيه لعدم وقوع على ذلك في ابتداء القبض

وانما توقف على امر وقد حصل وبقي القدر الاخر باقيا في ذمة المديون للشريك

ومن هنا وجب على الغريم الدفع اليه لانه يعين حقه وامره يوكله الى الحاكم فيه

او فيه وفي شريكه وكلاهما يجب الدفع اليه والشريك وان لم يجب الدفع اليه قبل

المطالبة الا ان هذا المدفوع لم يجب دفعه لاجله بل لاجل الشريك المطالب

وانما يجب مشاركة الغريم الاخر بمطالبته والحاصل ان الحق لما كان دينا يتعين

باختيار المالك وقبض الغريم وانما كان موقوفا على امر الشريك فاذا لم يرض

به تحقق شرط التعيين للقابض واستقر ملكه على المقبوض وبهذا اندفع جميع

الوجوه المذكورة اذا تبين ذلك فنقول هذا المقبوض على المذهب المشهور

يصير يكون ملكا للقابض تاما لتعينه له على التقديرين بل على القولين فيما

وقبل اختيار الشريك لو تلف عليه واما النصف الاخر فهو مقبوض

لنفسه بيده قبضا مراعى باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون

هذا موجود

مرابو

فيتم وعلى ما ركته له فيستقر ملكه البيه فان اختار الرجوع على المدبون ثبت على
ملك القابض له بالقبض ويتبعه النما وان اختار اخذه فيخ ملكه من حين قبضه
او قبض شريكه الاول احتمالا وبعد الثاني وجه لانه حينئذ يكون بمنزلة عقد
الفضولي تتبين انتقال الملك من حين العقد لا من حين الاجازه واما تلفه
قبل اختيار الشريك فهو من القابض على التقديرين لعزمه على ضمانه ولعموم
على اليد ما اخذت حتى تؤدي او الملاقية واعلم ان القابض لو اراد الاختصاص بالمقبوض
لعدم اشكال فليبيع حقه للمدبون على وجه يسلم من الربا بثمن معين فيختص به وبمثله
الصلح عليه بل اولى بالجواز وكذا لو ابراه من حقه واستوهب عوضه او احاله
على المدبون بما عليه وكان كالقبض وانما يأتي الخلاف في ذلك مع حلول الحقين
معا فلو كان حق احدهما مؤجلا اما بالعقد الاول او باشتراطه في عقد لازم
لم يشارك الاخر فيما قبض قبل حلول الاجل لانه لا يستحق الان شيئا ويمكن من
تاجيله يقتضي جواز قبض الحصة منفردة لاستلزامه تمييز حقه من حصة
الاخر وكذا لو ضمن ضامن لاحد الشريكين حصته فان الضمان صحيح لتناول
الادلة له فيختص باخذ المال المضمون عن الضامن وهو يقتضي امكان اخذ
الحصة منفرده عن الاخرى كما تقدم وبالجملة فالقول باختصاص القابض
لا يخ من قوة وان كان الوقوف مع المشهور اولى **قوله** اذا استاجره للاحتطاب
او الاحتشاش او للاصطياد مدة معينة صحت الاجارة وملك المستاجر
ما يحصل بعد ذلك في تلك المدة جواز الاستيجار على تحصيل ذلك ونحوه من المباحات
مبني على ما سلف من ان ملكها هل يكفي فيه مجرد الحيازة ام لا بد معها من نية
التملك فان اكتفينا بالحيازة لم يصح الاستيجار عليها ولا التوكيل فيها لان المستاجر
تملكها بمجرد الحيازة فلا يتصور ملك المستاجر والملك لها وان قلنا بافتقارها الى

الموكل

داالوكيل

النية صح الاستيجار والتوكيل ايضا لان الملك لما كان تابعا للنية فاذا نوى تملك غيره
مع كونه نائبا له صح وكذا يصح على القول بعدم اعتبار النية بل يعتبر ان لا ينوي
ما ينافي الملك كما اختاره بعض الاصحاب وح فاذا نوى ذلك المستاجر صح وملك
المستاجر والمص رحمه الله جزم هنا بالصحة مع تردده فيما سبق في اشتراط النية فهو
اما رجوع الى الجزم باعتباره بعد التردد او اختيار للقول الاخر الذي حكيناه
فانه لا ينافي عدم اشتراط النية وبقي في المسألة بحث اخر وهو انه على القول بصحة
الاجارة على احد القولين انما يقع الملك للمستاجر مع نية الاجير الملك له او مع الاطلاق
على القول الاخر اما مع نية الملك لنفسه فيحتمل ان يقع له لحصول الشرط على جميع الاقوال
واستحقاق المستاجر منفعته تلك المدة لا ينافي ذلك فانه لا تقصر عما لو عمل عملا لغير
المستاجر فانه يقع حسب ماله فعله ولكن يثبت للمستاجر عليه اجرة تلك المدة التي
فوتها عليه العمل على التفصيل الآتي في ذلك ان شاء الله فليكن هنا كذلك وربما فرق
بين عمله لنفسه ما استؤجر عليه فعله وغيره ففي الاول يكون الجميع للمستاجر لاستحقاقه
قدراه بالعقد بخلاف ما اذا عمل في مدة الاجارة غير ما استاجره عليه فانه ح
يتخير كما فصل في العرف نظر **قوله** ولو استاجره لصيد شيء بعينه لم يصح
لعدم الثقة بحصوله غالبا لما كان ضابط المستاجر عليه كونه مقدورا للاجير
حيث يقصد منه مباشرته فلا يصح الاستيجار لصيد معين فالملك لاجرة لان
مثل ذلك لا يقدر عليه موثوقا به عادة بخلاف الصيد المطلق فان العادة
قاضية بامكانه اذ لا بد من حصول العزم على شيء منه كيف اتفق غالبا **كتاب**
المضاربة هي مفاعلة من الضرب في الارض لان العامل يضرب فيها للسعي على التجارة
وابتغاء الربح لطلب صاحب المال فكان الضرب مسبب عنهما طردا للباب المفاعل
في طرفي الفاعل او من ضرب كل منهما في الربح بسهم او لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه

بالاجارة

فالبيع

حصته

تشخيص

مالكه الاجرة

يشتق

ويقال للعامل مضارب بكسر الراء لانه الذي يضرب في الارض ويقلبه ولم يشتق اهل
اللغة لرب المال من المضاربة اسما وهذه لغة اهل العراق واهل الحجاز فسموه قراضا
اما من القرض وهو القطع ومنه المقراض لانه يقرض به وكان صاحب المال اقتطع من
من ماله قطعة وسلمها للعامل او اقتطع له قطعة من الربح او من المقارضة وهي المساواة
والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل واحد منهما الاخر بشعره وقيل
قارض الناس ما قارضوك فان تركتهم لم يتركوك من ساواهم فيما يقولون ووجهه
ان المال هنا من جهة مالكه والعمل من جهة العامل فقد تساويا في قوام العقد بهما
او لاشتراكهما في الربح وتساويهما في اصل الاستحقاق وان اختلفا في كميته ويقال
منه للمالك مقارض بالكسر وللعامل مقارض بالفتح واعلم انه من دفع اليه غيره مالا
ليتجر به فلا يخ اما ان يشترطا كون الربح بينهما او لاحدهما او لا يشترطا شيئا فان
شرطاه بينهما فهو قراض وان شرطاه للعامل فهو قرض وان شرطاه للمالك
فهو بضاعة وان لم يشترطا شيئا فهو كذلك الا ان للعامل اجرة المثل وعقد
القراض مركب من عقود كثيرة لان العامل مع صحة العقد وعدم ظهور ربح
ودعي امين ومع ظهوره شريك ومع التعدي غاصب وفي تصرفه وكيل ومع
فساد العقد اجير **قوله** وهو جائز من الطرفين سواء نض المال او كان عروضا
لا خلاف في كون القراض من العقود الجائزة من الطرفين ولانه وكالة في
الابتداء ثم قد يصير شركة وهما جائزان ايضا والمراد بانضاض المال صيرورته دراهم
او دنانير كما كان اولا وتعلق العروض به بالنظر الى اصله والا فالكلام في العروض ايضا مالا
فلو قال او كان عروضا كان انفع **قوله** ولو اشترط فيه الاجل لم يلزم لكن لو قال
ان مرت بك سنة فلا تشتر بعدها وبع صح لان ذلك من مقتضى العقد ليس لم يلزم
العقد بالاجل بل يصح فسخها قبله العقد والشرط صحيحان لعدم الشرط فائدته
وذلك

المنع من التصرف بعده لان التصرف تابع للاذن ولا اذن بعده واما العقد فلان الشرط
الشرط المذكور لم ينافي مقتضاه اذ ليس مقتضاه الاطلاق وكذا القول في قوله
ان مرت بك سنة فلا تشتر لان امر البيع والشراء منوط بامر المالك فله المنع منهما
بعد السنة فمن احدهما اولى ومثله ما لو عكس بان قال لا تبع واشتر وانما لم يتكرر لان
البيع هو المقصود في هذا الباب بجلب الربح ويحصل المتعاقبين فسحه كما شاء في العقود
الجائزة فاذا شرط ما ينافيه فسد العقد لفساد الشرط **قوله** ولو شرط ان لا
يشتري الا من زيد او لا يبيع الا على عمرو صح وكذا لو قال على ان لا يشتري الا الثوب
الفلاني سواء كان وجوده عاما او نادرا لا خلاف عندنا في جواز
هذه الشروط ولزومها وان ضاقت بسببها التجارة واطلاق النصوص دال عليه
وشبه به على خلاف بعض العامة حيث منع من اشتراط ما يكون وجوده نادرا
او مضيقا وحيث يقع التعيين على احد الوجوه فخالف العامل ضمن المال لكن لو
ربح كان الربح بينهما على ما شرطاه سواء في ذلك المخالف في النوع وفي الثمن وفي جهته
لصحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم وغيرهما عن الباقر والصادق عليهم السلم ولولا النص لكان
مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع مخالفا او موقوفا على الاجازة **قوله** ولو
شرطا ان لا يشتري اصلا لم يكن تابعيته كالشجر والغنم فسد لان مقتضاه
التصرف في راس المال وفيه تردد اي مقتضى عقد المضاربة او مقتضى القراض
الذي هو ورد بها التصرف في راس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح بالتجارة وهذا
ليس كذلك لان فوائده تحصل بغير تصرف في عين المال ووجه الصحة انه حصل في
العامل اذ لو اشتراه لم يحصل النماء وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة ويضعف بان الحاصل
بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد لا نماؤه الحاصل مع بقاء عين المال
وبان المضاربة تقتضي معاوضتين احديهما بالشراء والاخرى بالبيع واقلها

الانضاض ولو قال كل ما لك
لو قال على ان لا املك فيما
منعك لان ذلك ينافي
مقتضى العقد لاقتضائه
لكل من المتعاقدين

والزوجان

يتحققان ثم وبها يظهر الربح والانضمام والمضاربة تدل على تملك العامل لهما
بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن فتخرج من احدهما مخالف لمقتضاها فان قيل
هلا كان ذلك كتقييد المالك عليه في الشراء المعين او من معين او البيع عليه
ونحو ذلك مما كان يدخل في اطلاقها وبالتقييد يخرج ولم ينافي ذلك مقتضاها قلنا
الفرق بينهما حصول اصل المقتضي وهو البيع والشراء وتحصيل الربح بما ذكره واما
فيما موضوعها بخلاف المتنازع فان المقتضي لم يتحقق اصلا كما بيناه وعلى القول
بالفساد يصح الشراء المذكور بالاذن ويكون النماء الحاصل باجمعه للمالك لانه نماء ملكه
وعليه اجرة المثل للعامل واعلم ان المنع انما هو في حصر الربح في النماء المذكور كما تقتضيه
هذه المعاملة والا فلا يمتنع كون النماء بينهما ويحتسب من جملة الربح على بعض
الوجوه كما اذا اشترى شيئا له غلة فظهرت غلته قبل ان يبيعه فانها تكون بينهما
من جملة الربح الا ان الربح لم يحصره فيها لامكان تحصيله من اصل المال ايضا
قوله ولو اذن له في التصرف تولى بالاطلاق الاذن ما يتولاه المالك من عرض القماش والنشر
والطي والاستيجار ما جرت العادة بالاستيجار له عملا بالعرف ولو استأجر للاول ضمن ولو
تولى الاخير بنفسه لم يستحق اجرة / المراد في التصرف بالاذن اطلاق عقد المضاربة اذ لا يفتقر
العامل معها في جواز التصرف الى اذن اخر وكان حقه ان يقول ولو اطلق العقد
تولى العامل بالاطلاق ما ذكره وحاصل ذلك ان المضاربة لما كانت معاملة على المال
للاسترباح كان اطلاق العقد مقتضيا لفعل ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه
من عرض القماش على المشتري ونشره وطيه واحرازه وبيعه وقبض ثمنه وايداعه
الصندوق ونحو ذلك وهذا النوع لو استأجر فالاجرة عليه خاصة حملا للاطلاق
على المتعارف اما ما جرت العادة بالاستيجار عليه حملا على المعتاد ايضا ولو عمل هذا النوع
بنفسه لم يستحق اجرة لانه متبرع في ذلك ولو قصد بالعمل الاجرة كما ذكره فيما لو

كالدلال والحمال ووزن الامتعة الثقيلة التي لم تجر عادة التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجارة من مثل ذلك التاجر ...

على

على نفسه وتوسيعا في الكسب فهي احق بها وجد خصوصا على القول بان للوكيل
في البيع ان يبيع من نفسه وفي الشراء ان يشتري من نفسه فيكون للوكيل في الاستيجار
ان يستأجر نفسه ولكن اطلاق المصنف والجماعة يقتضي العدم ولو اذن له المالك في
ذلك فلا اشكال والمراد بقوله واستيجار من جرت العادة باستيجاره مثل الدلال و
من ذكر معه لان من موضوع لمن يعقل ولو قال الاستيجار لما جرت العادة بالا
ستيجار له كان اشمل ليشمل مثل استيجار الدابة اذ لا يدخل في عموم من ومن دخل
فيما ذكرناه والاطلاق الاستيجار على مالكها مجاز بعيد قوله وينفق في السفر كمال
نفقته من اصل المال على الاظهر / المراد بكمال النفقة نفقة السفر اجمع واحترز به
عن القدر الزائد عن نفقة الحضر فان القول الاخر انه لا ينفق من المال سوى
الزائد على نفقة الحضر على نفسه فيما سواه في السفر يحتسب عليه ايضا والزائد على
القراض وقيل ان جميع نفقة السفر على نفسه كنفقة الحضر والاقوى الاول لصحيحة
علي بن جعفر عن اخيه موسى عليهما السلام قال في المضاربة ما انفق في سفره فهو من
جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه ومع العموم ووجه الثاني ان العامل
حصل بالسفر الزيادة لا على اجايرها فسواء كان ما ... او خاصة له لا بد منهما فلا يكون
عليه فيه ووجه الثالث ان الربح مال المالك والاصل ان لا يتصرف فيه الا بعد ل
عليه الاذن ولم يدل الا على الحصة التي عينها له وهو لم يدخل الا عليها فلا يستحق
سواه والاقوى الاول عملا بالنص الدال عليه وهو مع ذلك اشهر بين الاصحاب
اذا تقرر ذلك فالمراد بالسفر هنا العرفي لا الشرعي وهو ما يجب فيه التقصير فلو كان
قصيرا او اقام في الطويل واتم الصلاة فنفقة تلك المدة على المال لكن يجب الاقتصاد
منه على ما يحتاج اليه التجارة فلو اقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة والمراد با
لنفقة ما يحتاج اليه فيه من مأكول وملبوس ومشروب ومركوب والات

بلغ

فيما سواه

فهو من

ذلك كالقربة والجوالق واجرة المسكن ونحو ذلك ويراعى فيها ما يليق بحاله عادة على وجه
الاقتصاد فان اسرف حسب عليه وان قتر لم يحتسب له لانه لم يستحق ذلك واذا عاد
من السفر فما بقي من اعيان النفقة ولو من الزاد يجب رده الى التجارة او ترك وديعة الى
ان يسافر اذا كان ممن يكرر سفره ولم يكن بعد لعود على التجارة في تركه ولو شرط فيه
عدم النفقة لزم الشرط للعامل ولا ينفق ولو اذن له بعد ذلك فهو تبرع محض ولو شرطها
فهو تاكيد على القول بثبوتها ومخرج من الخلاف وهل يشترط تعيينها ... وجه
قوي حذرا من الجهالة في الشرط الذي هو جزء العقد بخلاف ما تناوله اطلاق العقد
باذن الشارع خصوصا على القول بعدمها وينبه عليه اشتراط نفقة الاجير حيث
لا يثبت على المستأجر ويحتمل على القول بثبوتها عدم وجوب ضبطها لثبوتها
بدون الشرط فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالاصل ولا يعتبر في النفقة ثبوت
ربح بل ينفق ولو من اصل المال ان لم يكن ربح وان قصر المال نعم لو كان له ربح فهي
مقدمة على حق العامل وانما ينفق في سفر مأذون فيه فلو سافر الى غير ما ابتنى او ز
المأذون او الى غير جهته فلا نفقة له فان كانت المضاربة ومؤنة المرض والموت
في السفر محسوبتان على العامل خاصة لانهما لم يتعلقا بالتجارة قوله ولو
كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه التقسيط / وجه التقسيط ظاهر لان السفر
لاجلهما فالنفقة عليهما وهل التقسيط على نسبة المالين او نسبة العملين وجهان
اجودهما الاول لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ولا نظر الى العمل
ثم ان قلنا بكمال وجوب النفقة على مال المضاربة فالتقسيط كما ذكرناه وان قلنا
انما يجب النفقة الزائدة فالتقسيط لتلك الزيادة خاصة عليهما والباقي على ماله
وربما قيل هنا بعدم ثبوت شيء على مال المضاربة وهو ضعيف لوجود المقتضي
في الموضعين ولو كان معه قراض اخر لغير صاحب الاول وزعت النفقة عليهما

ثابتة ص

بلا نفقته

ايضا

ايضا على نسبة المالين او العملين كما مر ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد شرطها على كل واحد
منهما او اطلق بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين لان ذلك منزل على اختصاص
المشروط عليه بالعمل هذا مع جهل كل واحد منهما بالاخر اما لو علم صاحب القراض
الاول بالثاني وشرط على ماله كمال النفقة جاز واختص به ولا شيء على الثاني
قوله ولو انفق صاحب المال ما قراضا او انتزع المال منه فنفقة عوده من خاصته لان
النفقة سفرا انما استحقت بالمضاربة وقد ارتفعت بالفسخ ولا عبرة بعلمه لو حوله على
عقد يحيزه فسخه كل وقت وتشبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اثبت له نفقة
الرجوع لانه استحقها حين السفر وهو ممنوع قوله وللعامل ابتياع المعيب والرد
بالعيب واخذ الارش كل ذلك مع الغبطة / الفرق بينه وبين الوكيل حيث لا يتوقع
له شراء المعيب ان الغرض الذاتي هنا الاسترباح وهو يحصل بالصحيح والمعيب
فلا يتقيد بالصحيح وعلى تقدير شرائه جاهلا بالعيب يتخير بين الامرين الرد والامساك
بالارش مما فيه الغبطة بالنظر الى التجارة فقد يكون الرد اغبط وقد يكون اخذ
الارش فلذلك يتخير بينهما بخلاف الوكيل فان شراءه ربما كان للقنية والمعيب
لا يناسبها غالبا فحمل الاطلاق على الصحيح عملا بالمتعارف قوله ويقتضي اطلاق
الاذن في البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد / لما كان اطلاق عقد المضاربة محمولا
على المتعارف في التجارة والمحصل للارباح وجب قصر تصرف العامل على ما يحصل به الغاية
فلا يبيع نقدا لا نسيئة لما فيها من التغرير بمال المالك وبثمن المثل لا بدونه للتضييع
مع القدرة على تحصيل الزائد والامر فيهما واضح واما البيع بنقد البلد فالاطلاق
في الوكالة ينصرف اليه وهو في معنى الوكالة فمن ثم اطلقه المصنف وقبله الشيخ وجماعة
لكن قد عرفت ان المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب لان الغرض الاقصى
منها تحصيل الربح وهو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض والاقوى جوازه

واختصت

ارتفعت

بهامع الغبطة واحترز عما لو اذن له في شي من ذلك خصوصا او عموما كقوله اعمل كيف شئت ويحسب برايك ونظرك ونحوه فانه يجوز له البيع بالعرض قطعا اما النقد وثمن المثل فلا يخالفهما الا ان المصرح لعم يستثني من ثمن المثل نقصان يتسامح الناس فيه عادة

قوله ولو خالف لم يمض الا مع اجازة المالك ش اذا خالف لم يمض الا مع اجازة المالك اذا خالف ما دل عليه اللفظ بخصوصه او اطلاقه لم يقع التصرف باطلا بناء على جواز بيع الفضولي لكن يقف على اجازة المالك فان اجاز تقديم ان قدر على تحصيل الثمن والا ضمن المثل لثبوته بالبيع الصحيح لا القيمة والا وجب الاسترداد مع امكانه ولو تعذر ضمن قيمة المبيع او مثله لا الثمن المؤجل وان كان ازيد ولا التفاوت في صورة النقيصة لانه مع عدم اجازة البيع يقع باطلا فيضمن للمالك عين ماله التي تعدى فيها من غير اذن شرعي وفي المسألة احتمالات اخر مدخولة

قوله وكذا يجب ان يشتري بعين المال لما في شرائه في الذمة من احتمال الضرر اذ ربما يتلف راس المال فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك وقد لا يقدر عليه او لا يكون له غرض في غير ما دفع ولان المقصود من العقدين يكون ربح المال بعينه ولا يكون ذلك الا بالشراء بالعين لان الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال

قوله ولو اشترى في الذمة لم يصح الا مع الاذن ش اى لم يقع لانه اطلق الصحة على اللزوم بل يقع موقوفا على اجازته ويمكن ان يريد بالاذن ما يشمل الاجازة و يريد بالصحة معناها المتعارف والاول اعرف قوله ولو اشترى في الذمة لا معه ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهرا ش هذا اذا لم يذكر المالك في الشراء لفظا والا بطل العقد مع عدم اجازته ولو ذكره نية خاصة وقع للعامل ظاهرا كما ذكره ووجب عليه التخلص باطنا من حق البائع وسيأتي في الوكالة ان شاء الله تحقيق ذلك ولو لم يذكره لفظا ولا نية وقع له ظاهرا وباطنا قوله

ولو

ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها او امره بابتياع شي معين فابتاع غيره ضمن ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط ش المراد ان المضاربة لا تبطل بهذه المخالفة وان وجب الضمان ولا اثم في التصرف غير المأذون والربح بينهما على حسب الشرط للنصوص الصحيحة الدالة عليه والا لتوجه الاشكال الى صحة الابتياع المخالف لوقوعه بغير اذنه فينبغي ان يكون فضوليا وكان السبب في ذلك ان الغرض الذاتي في هذه المعاملة هو الربح وباقي التخصيصات عرضية لا تؤثر في فساد المعاوضة المخالفة لحصول المقصود بالذات وبالجملة فالمستند النص الصحيح وعمل الاصحاب به ويجب تعيين المخالف في جهة السفر اذ ربما اذا بيع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعينة او ازيد ولو كان ناقصا لا بتغابن بمثله لم يصح كما لو باع بدون ثمن المثل ولعل ان العامل لا يجوز له السفر مطلقا بدون اذن المالك عندنا سواء كان الطريق مخوفا ام امنا لما فيه من التعزير في الجملة المنافي لقول النبي صلى الله عليه وآله ان المسافر وماله لعلى فلت الا ما وقى الله اى على هلاك وحيث اذن له فيه فان اطلق تخير في الجهات وان عين له جهة تعينت كما ذكره وعبارة المصنف خالية من تحريم السفر مطلقا بغير اذنه لعله اكتفى بتنبيهنا عليه قوله وبموت كل منهما يبطل المضاربة لانها في معنى الوكالة لما كان هذا العقد من العقود الجائزة تبطل بما يبطل به من موت كل منهما وجنونه واغمائه والحجر عليه للسفه لانه متصرف في مال الغير باذنه فهو كالوكيل ولا فرق بين حصول ذلك قبل التصرف وبعده ولا بين ان يكون قد ظهر ربح وعدمه ثم ان كان الميت المالك وكان المال ناضا لا ربح فيه اخذه الوارث وان كان فيه ربح اقتسماه وتقدم حصة العامل على جميع الغرماء لملكه لها بالظهور وكان شريكا للمالك ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة وان كان المال عروضا فللعامل بيعها ان رجا الربح والا فلا وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء مطلقا

وسيأتي الكلام في ذلك في مسألة الفسخ وان كان الميت العامل فان كان المال ناضا ولا ربح اخذه المالك وان كان فيه ربح دفع للورثة حصتهم منه ولو كان هناك متاع واحتيج الى البيع والتنضيض فان اذن المالك للوارث فيه جاز والا نصب له الحاكم امينا يبيعه فان ظهر فيه ربح اوصل حصة الوارث اليه والا سلم الثمن الى المالك وحيث حكم ببطلان المضاربة بالموت واريد تجديدها مع وارث احدهما اشترط في الثانية شروط الاولى من التعيين للمال والصيغة وغيرهما قوله ومن شرطه ان يكون عينا وان يكون دراهم او دنانير ش اشتراط ذلك في المال موضع وفاق نقله في التذكرة وهو العمدة مع ذلك بان ما في الذمة لا بد من تحصيله اولا ولا يجوز عمله التجارة وان المضاربة معاملة تشتمل على غرر اذ العمل مجهول والربح غير متيقن الحصول وانما سوغت هذه المعاملة في ذلك للحاجة فتختص بما يتسهل التجارة به وتروج في كل وقت وحال وهو النقدان والحق ان اثبات الحكم بمثل هذه التعليلات بعيد والعمدة على نقل الاجماع قوله وفي القراض بالنقرة تردد ش النقرة بضم اوله القطعة المذابة من الذهب والفضة ومنشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الذي هو موضع الوفاق ومن مساواتها لهما في المعنى حيث انها من النقدين وانما فاتها النقش ونحوه والضابط فيهما واصالة الجواز وهذا كله متفرع على ما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط ذلك ومع ذلك لا نعلم قائلا بالجواز بها وانما ذكرها المصنف مترددا في حكمها ولم ينقل غيره فيها خلافا واذا كانت المضاربة حكما شرعيا فلا بد من الوقوف على ما يثبت الاذن فيه شرعا وربما اطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة فان صح هذا الاسم كان التردد من حيث انها قد صارت دراهم ودنانير وانما تخلفت السكة وهي وصف في النقدين ربما لا يعتبر خصوصا اذا تعامل بها

على

المغشوش على ذلك الوجه ومما تقدم من وجه المنع قوله ولا يصح بالفلوس ولا بالورق المغشوش سواء كان الغش اقل او اكثر ش هذا اذا لم يكن متعاملا بالمغشوش فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت المعاملة وصح جعله مالا للقراض سواء كان الغش اقل ام اكثر قوله ولا بالعروض ش العروض بضم العين جمع عرض بفتحها ساكن الوسط ويحرك وهو المتاع وكل شي سوى النقدين ذكره في القاموس وعلى هذا كان يستغني بذكرها عما تقدم منعه لدخوله فيها ولكن حكى الجوهري عن ابي عبيد ان العروض هي الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا وح فلا يشمل الفلوس ولا النقرة الا ان المعنى الاول انسب بالمقام ويمكن ان يكون وجه تخصيص تلك الافراد من شبهة الجواز وعدم جواز المضاربة بالعروض موضع وفاق وعلل مع ذلك بانه لا يتحقق فيها الربح لانه ربما ارتفعت قيمتها فيدخل الربح في اصل المال ويستغرقه وربما نقصت قيمتها فيصير راس المال ربحا والاعتماد على الاتفاق قوله ولو دفع اله الصيد كالشبكة بحصة فاصطياد كان للصياد وعليه اجرة الاله ش وذلك لفساد المضاربة لمخالفته مقتضاها لتصرف العامل في رقبة المال وهنا ليس كذلك وليس شركة لانه مركب من شركة الابدان وغيرها ولتميز مال صاحب الشبكة ولا باجارة وهو ظاهر والحكم بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصور التوكيل في تملك المباح والا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد وقد سبق الكلام على نظيره وسيعيده وعلى ان العامل لم ينو بالملك الانفراد لان ظاهر الحال دخوله على الشركة وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما اجرة مثل الصياد والشبكة بحسب ما اصابه من الملك ولو كان المدفوع اليه بدل الشبكة دابة ليحمل عليها او يركب بالاجرة والحاصل بينهما فالحاصل باجمعه لصاحب الدابة وعليه اجرة مثل العامل ولم يصح المعاملة ايضا لعدم ما ذكر والفرق بين الشبكة والدابة في كون الحاصل لصاحب الدابة دون صاحب الشبكة ان الاجرة تابعة للعمل والتملك في

والشبكة ص

الا انه حاصل بينهما وفي المسيب من الصيانة بلا تبع لعمله كان التسبيب على الدابة
وعملها تابع لها فيكون الحاصل للعامل ولا مدخل هنا في الملكية كما في مثل المسبب قوله
ويصح القراض بالمال المشاع ش لان المشاع معين في نفسه وجامع لباقي الشرائط
فيصح القراض به ولا فرق بين ان يكون على فرده او مع الشريك وغيره قوله
ولا يكفي المشاهدة وقيل يصح مع الجهالة ويكون القول قول العامل مع التنازع
في قدره ش القولان للشيخ رحمه الله الاول في الخلاف والثاني في المبسوط وفي
الخلاف من اقوال معظم العامة بالمشاهدة وقبالهما لعل الاصح الاول
وحكى الشيخ في الخلاف عن بعض العلماء مجوزا للمضاربة بالجزاف من غير تعيين بالمضاربة
وقواه في الخلاف محتجا بالاصل وقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم
ولا اشكال في ان القول قول العامل مع يمينه في قدره سواء صحت المعاملة ام لا
لانه منكر وحيث فرع قوله ويكون الصحيح مع المشاهدة باعتبار انه اذا لم يصح
لا يدفع اليه المال غالبا ولا يقع التنازع لكن لو فرض كان حكمه كذلك وكذا لو
اختلفا في قدره في غير هذه قوله ولو احضر مالين وقال قارضتك بايهما شئت
لم ينعقد بذلك قراض ش لانتفاء التعيين الذي هو شرط في صحة العقد ولا فرق
في المالين بين كونهما متساويين جنسا وقدرا او مختلفين خلافا لبعض العامة
حيث جوزه مع التساوي قوله واذا اخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن ش
هذا مع جهل المالك بعجزه لانه مع عجزه يكون واضعا يده على المال على غير الوجه
المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامنا وهل يكون ضامنا
للجميع او للقدر الزايد على مقدوره قولان من عدم التمييز والنهي عن اخذه على هذا
الوجه ومن ان التقصير بسبب الزايد فيختص به والاول اقوى وربما قيل انه
ان اخذ الجميع دفعة فالحكم كالاول وان اخذ مقدوره ثم اخذ الزايد ولم يمزجه

به ضمن الزايد خاصة ويشكل بانه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو
مجموع ولا يخرج الاول عن احراجه اذ لو ترك الاول واخذ الزيادة لم يعجز و
لو كان المالك عالما بعجزه لم يضمن لاقدامه على الخطر ولان علمه بذلك يقتضي الاذن
له في التوكيل وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به اذ لا منافاة بين الضمان
وصحة العقد والمراد بالعجز عن الضبط في المال وتقليبه في التجارة وهذا يحصل
حال العقد ثم لم يفرق بين علم المالك وجهله ولو كان قادرا فتجدد
العجز وجب عليه رد الزايد من مقدوره لوجوب حفظه وهو عاجز عنه
وامكان التخلص منه بالفسخ ولو لم يفسخ ضمن وبقي العقد كما مر قوله ولو كان
له في يد غاصب مال فقارضه عليه صح ولم يبطل الضمان واذا اشترى ودفع
المال الى البايع برئ لانه قضى دينه باذنه ش قد تقدم البحث في نظير هذه المسئلة
في باب الرهن وان وجه بقاء الضمان انه كان حاصلا قبل ولم يحصل ما يزيله
لان عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان فانه قد يجامعه بان يتعدى فلا
ينافيه ولقوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وحتى لانتهاء
الغاية فيبقى الضمان الى الاداء اما على المالك او على من اذن له والدفع
الى البايع مأذون فيه فيكون من جملة الغاية واستقرب العلامة زوال
الضمان هنا وتبعه ولده في الشرح لان القراض امانة فصحة عقده يوجب
كون المال امانة لان معنى الصحة ترتب الاثر فلا يبقى عليه الضمان لزوال
الغصب ولانه اذن في بقائه في يده وفيه نظر لان معنى كون القراض
امانة من حيث انه قراض وذلك لا ينافي الضمان من حيثية اخرى كما لو كان
غصبا فان الضمان قد يجامعه كما اذا تعدى العامل ولا يلزم من انتفاء
عليته للثبوت ثبوت علة الزوال واما اقتضاء العقد الاذن في القبض

فضعيف ظاهر لان مجرد العقد لا يقتضي ذلك وانما يحصل الاذن بامر اخر ولو حصل
سلمنا زوال الضمان كيف والعلامة قد صرح في التذكرة بان كون المال في يد
العامل ليس شرطا في صحة القراض فلو قال المالك انا ابقي المال في يدي وادفع الثمن
كلما اشتريت متاعا صح ورد قبل بعدم زوال الضمان وان اذن له في قبضه
بعد ذلك لما تقدم من الادلة ولانه حينئذ وكيل محض وان كان له في القبض
مصلحة لانه حينئذ كالوكيل بجعل ولو سقط عنه الضمان او قبضه ثم رده فلا اشكال
في الزوال كما انه لو دفع ثمنا الى البايع زال اجماعا قوله وكذا لو اذن للعامل
في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد ش لانه لا يخرج بالاذن عن كونه دينا
لكن يقع القبض عن المالك فلو اشترى به بعد ذلك كان فضوليا لفساد عقد
القراض وقوله ما لم يجدد العقد اي بعد القبض فانه حينئذ يقع صحيحا ويتأتى
الى صحة القبض وان كان مترتبا على عقد فاسد قوله لو قال بع هذه السلعة
فاذا نض ثمنها فهو قراض لم يصح لان المال ليس بمملوك عند العقد ش المراد
بالمال الثمن الذي يصح به القراض وعدم مملوكيته واضح اذ لا يحصل الا بعد البيع
ولانه مجهول وقد تقدم ان المال المجهول لا يصح به ولان العقد معلق على
شرط فلا يصح كالبيع خلافا لبعض العامة حيث جوزه كذلك قوله ولو مات
رب المال وبالمال متاع فاقره الوارث لم يصح لان الاول بطل ولا يصح ابتداء القراض
بالعروض ش اقره اي جعله مستانفا سواء كان بلفظ التقرير ام غيره والمانع من
الصحة كون المال عروضا وهذا التعليل يقتضي جريانه لبطلان الاول بالموت
حيث انه من العقود الجايزة والمالك الان غير العاقد ولو كان المال نقدا
صح تجديده قطعا لكن هل يصح بلفظ التقرير قيل لا لانه يؤذن باستصحاب
الاول وامضائه لان ظاهر قررتك واقررتك على ما كنت عليه والحال انه قد

بطل والاقوى الصحة ان استفاد منه اللفظ معنى الاذن لان عقد القراض
لا ينحصر في لفظ كغيره من العقود الجايزة والتعليل يرد عليه قوله
ولو اختلفا في قدر راس المال فالقول قول العامل مع يمينه لانه اختلاف
في المقبوض ش لا فرق في ذلك بين كون المال باقيا او تالفا بتفريط لاشتراك
الجميع في المقتضي وهو اصالة عدم الزايد وبراءة ذمة العامل منه واليه
اشار المصنف بقوله لانه اختلاف في المقبوض لان المالك يدعي انه اقبضه
الزايد وهو ينكره والاصل عدمه واولى بالحكم ما لو كان تالفا بتفريط فان العامل
حينئذ غارم والقول قوله في القدر هذا كله اذا لم يكن قد ظهر ربح والا ففي قبول
قوله اشكال من جريان التعليل المذكور وهو الظاهر من اطلاق المصنف ومن ان
قضية انكاره لزيادة راس المال دعوى الربح فيزيد حصته منه فيكون ذلك
في قوة اختلافهما في قدر حصته منه مع ان القول قول المالك فيه بيمينه و
لانه مع بقاء المال الاصل يقتضي كون جميعه للمالك الى ان يدل دليل على استحقاق
الزايد ومع تلفه بغير تفريط فالمضمون قدر مال المالك واذا كان الاصل استحقا
ق المالك لجميعه قبل التلف الا ما اقر به للعامل فالضمان تابع لذلك الاستحقاق
وهذا هو الاقوى وربما قيل بان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط
مطلقا وهو ضعيف جدا قوله ولو خلط العامل مال القراض بغير اذن
المالك خلطا لا يتميز ضمن لانه تصرف غير مشروع ش لان مال القراض امانة و
للامانة لا يجوز خلطها كالوديعة ولا يبطل العقد بذلك وان اثم وضمن
ويبقى الربح بينهما على نسبة المال هذا مع اطلاق العقد اما لو عمم له لفظا
يتناوله كما لو قال اعمل ما شئت او برايك ونحو ذلك صح مع المصلحة لا بدونها
فان الخلط قد يكون مصلحة في بعض الاحوال قوله ويلزم الحصة بالشرط

دون الاجرة على الاصح ؛ يرجع هذا النزاع الى ان المضاربة هل هي من العقود الصحيحة
المشروعة ام لا والقول بكونها صحيحة ويلزم فيها للعامل ما شرط له من الحصة قول
جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم الا القليل من اصحابنا والاخبار بها متظافرة صحيحة
من طرق اهل البيت عليهم السلام ومن طرق غيرهم وذهب الشيخ في النهاية وقبله المفيد
وتبعهما جماعة الى ان الربح كله للمالك وللعامل عليه الاجرة ولان النماء تابع للمال وان
المعاملة فاسدة لجهالة العوض والجواب المنع من فساد هذه المعاملة لثبوتها
بالنصوص الصحيحة وعموم الايات ان لم يحصل الاجماع والجهالة بالعوض لا تقدح في
كثير من العقود كالمزارعة والمساقاة وتبعيته النماء للاصل مطلقا ممنوع **قوله**
ولا بد ان يكون الربح مشاعا فلو قال خذه قراضا والربح لي فسد ويمكن ان يجعل
بضاعة نظرا الى المعنى وفيه تردد المراد بالشياع ان يكون باجمعه مشتركا بينهما ويخرج
به امور آ ان يجعل لاحدهما شيئا معينا والباقي للاخر ولم يذكره المصنف وهو باطل
اتفاقا ولانه ربما لا يربح الا ذلك القدر فيلزم ان يختص به احدهما وهو غير
جايز وقد ذكر المصنف فيما ياتي ما يقرب منه وهو ان يشترط لاحدهما شيئا معينا
والباقي بينهما ب ان يقول المالك خذه قراضا والربح لي ووجه الفساد
اختصاصه بالربح المنافي لمقتضى العقد فان مقتضاه الاشتراك في الربح وهل
يكون بهذه الصيغة بضاعة بمعنى ان العامل لا يستحق على عمله اجرة ام يكون قراضا
فاسدا كما يقتضيه الاخلال بشرط القراض مع التصريح به المشهور الثاني
فيكون الربح للمالك وعليه للعامل الاجرة ووجه الاول النظر الى المعنى فانه دال
على البضاعة وان كان بلفظ القراض ولان البضاعة توكيل في التجارة شرعا
وهي لا تختص بلفظ وما ذكره دال عليها ولانه لا يحكم بالغاء اللفظ ما امكن حمله على الصحيح
وذكر القراض وان كان منافيا بحسب الظاهر الا انه يمكن ان يكون هنا ماخوذا

تبرعا

من معنى المساواة المتحقق من احدهما المال ومن الاخر العمل من غير التفات
الى امر اخر وهو احد ما اشتق منه المعنى الشرعي كما سبق ولو قيل ان ذلك
بحسب اللغة والحقيقة الشرعية باباه امكن ان يتجوز فيه فان المجاز
اللغوية تصير مجازات شرعية وهو اولى من الفساد وفي التحرير اختار انه
لا اجرة للعامل لانه دخل على ذلك وكان متبرعا بالعمل وهذا يحتمل ساق
على البضاعة وعلى القراض الفاسد وان زاد عليه بعدم الاجرة نظرا الى
دخوله على التبرع بل هذا اوضح وهو موافق ج ان يقول خذه قراضا والربح
كله لك ووجه فساده ما مر ويحتمل كونه قرضا للالة عليه معنى كما تنزل التابع
على البضاعة ولان القرض لا يختص بلفظ كما تقدم بل ما دل عليه وهذا دال
عليه فعلى هذا يكون الربح كله للعامل والمال مضمون عليه ولا شيء للمالك وعلى
الاول للمالك وعليه للعامل الاجرة ومحل الاشكال اذا لم يقصد القرض
ولا القراض اما لو قصد شيئا او لم يعلم ما قصده الا كان قرضا في الاول
وقراضا فاسدا في الثاني بغير اشكال **قوله** اما لو قال خذه فاتجر به والربح
لي كان بضاعة ولو قال والربح لك كان قرضا ه الفرق بين الصيغتين الاحتمال
الاولى على ضميمة منافية للقرض والبضاعة وهي التصريح بالقراض وهو حقيقة
شرعية في العقد المخصوص بخلاف الاخيرة هذا اذا اطلق اللفظ او قصد
القرض والبضاعة فلو قصد القراض فقد ما سبق لصلاحية اللفظ للعقد
خصوصا مع النظام قصده فان التصريح بالقراض ونحوه في العقد ليس
بشرط ولو اختلفا في القصد المبطل احتمل تقديم المالك لانه اعرف به
والعامل نظرا الى ظاهر اللفظ وترجيحا لجانب الصحة ولو اختلفا في ضميمة
اللفظ قدم قول مدعي ما يصح معه العقد لاصالة الصحة وعدم الضميمة

لو لا الله

قوله ولو شرط احدهما شيئا معينا والباقي بينهما فسد لعدم الوثوق بحصول
الزيادة فلا تتحقق الشركة ؛ عدم الوثوق بالزيادة لا تصلح دليلا على الفساد
بانفراده كما في عدم الوثوق باصل الربح وانما وجه الفساد اقتضاء عقد المضاربة الا
شتراك في جميع الربح كما تقدم لقول الصادق عم في صحيحة الحلبي الربح بينهما
ومثله رواية اسحاق ابن عمار عن الكاظم عم وهنا الربح ليس بينهما وان وثق بالزيادة
بل بعضه على تقدير الزيادة وجميعه على تقدير عدمها لمن شرط له فيفسد هذا العقد
العقد وان وثق بالزيادة **قوله** ولو قال خذه على النصف صح ؛ وجه الصحة ان المتبادر
من العبارة ان الربح بينهما نصفين وهو المعتبر وان المالك لا يفتقر الى تعيين حصته
لان نماء المال تابع له وانما يفتقر الى تعيين العامل فيكون المراد بالنصف انه للعامل لانه
المحتاج الى الاشتراط وفيه نظر لان اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل ان يكون النصف
للمالك والاخر لا يحتاج الى ذكره لتبعيته للمال فيفسد وافتقار العقد الى تعيين
حصة العامل لا يقتضي كون اللفظ المشترك محمولا عليه والقول بالصحة
متجه لتبادر المعنى الصحيح من هذا اللفظ **قوله** وكذا على ان الربح ونقضي بالربح
بينهما نصفين ه لاستوائهما في السبب المقتضي للاستحقاق والاصل عدم
تفاضل كالواقر لهما بمال وكما لو قال المقر الشيء الفلاني بيني وبين زيد
وخالف في ذلك بعض الش فعية فحكم ببطلان العقد لان البينية تصدق
مع التفاوت فحيث لم يعينها يجهل استحقاق الربح ورد بمنع صدقها على
غير المتساوي مع الاطلاق نعم لو انضم اليه قرينة صح حمله على غيره بواسطتها
قوله ولو قال على ان لك النصف صح ولو قال على ان لي النصف واقتصر لم
يصح لانه لم يعين للعامل حصة ه الفرق بين الصيغتين ان الربح لما كان
تابعا للمال والاصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته فان عينها كان

المصحح

يجهل

تاكيدا واما تعيين حصة العامل فلا بد منه لعدم استحقاقه بدونه فاذا قال
لك كان تعيينا لحصة العامل وبقي الباقي على حكم الاصل واما اذا قال النصف
لي لم يقتض ذلك كون النصف الاخر لغيره بل هو باق على حكم الاصل ايضا فيبطل
العقد ويحتمل الصحة وحمل النصف الاخر على انه للعامل نظرا الى الفرق بين الصيغتين
عرفا او عملا بالمفهوم المخصص ويضعف بعدم استقرار العرف على ذلك وضعف
دلالة المفهوم والاجود البطلان **قوله** ولو شرط لغلامه حصة معهما صح عمل
الغلام ام لم يعمل ولو شرط الاجنبي وكان عاملا صح وان لم يكن عاملا فسد وفيه
وجه اخر ه الاصل في الربح ان يكون بين العامل والمالك خاصة على ما يشترطانه
فلا يصح جعله لاجنبي ولو فرض كونه عاملا كان بمنزلة العامل المتعدد فلا يكون
اجنبيا واما حصة الغلام احدهما الرق فهو كشرطه لمالكه فيصح لان العبد لا
يملك شيئا ولو قلنا يملك كان كالاجنبي وحيث يشترط الاجنبي يشترط عمل فلا بد من
ضبط العمل بما يرفع الجهالة وكونه من اعمال التجارة لئلا يتجاوز مقتضاها ولنا
وصفه بالاجنبية مع كونه عاملا لان المراد بالعامل هنا من يكون اليه التصرف
في جميع ما يقتضيه العقد وهذا المشروط له ليس كذلك بل انما شرط عليه عمل
مخصوص بان يحمل لهم المتاع الى السوق او يدل عليه ونحو ذلك من الاعمال الجزئية
المضبوطة فلو جعل عاملا في جميع الاعمال كان العامل الذي هو احد الاركان العقد
متعددا وهو غير محل الفرض وبهذا يندفع ما قيل من ان شرط العمل ينافي كونه
اجنبيا والوجه الاخر الذي اشار اليه المصنف في الاجنبي قيل انه اذا شرط
الاجنبي يصح الشرط وان لم يعمل لعموم المؤمنون عند شروطهم واوفوا بالعقود
وقيل ان المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعا الى الاصل لئلا يخالف مقتضى
العقد ولقدوم العامل على ما عين له خاصة وهذا الوجه لم يذكره غيره

للنصف

انزام

وليس بمعروف فلذلك اختلف فيه الرواة قوله ولو قال لك نصف ربحه صح وكذا
لو قال ربح نصفه المراد صحة القراض في الصورتين وانه لا فرق بينهما من حيث
المعنى لان النصف لما كان شائعا فكل جزء من المال اذا ربح فنصف ربحه للعامل
ونصفه للمالك المقتضي الشرط وخالف في ذلك الشيخ في احد قوليه فقال في الثاني بالبطلان
لمنافاته مقتضى القراض من ان ربح كل جزء بينهما وهنا قد شرط ربح النصف الواحد
للمالك لا يشاركه فيه العامل والاخر بالعكس وربما ربح نصفه خاصة فيختص به
احدهما او ربح اكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة واجيب بان الاضافة ليست
الى نصف معين بل مبهم فاذا ربح احد النصفين فذلك الذي ربح هو المال والذي لم
يربح لا اعتداد به وحيث كان النصف شائعا فكل جزء منه لم يربح نصفه قوله
ولو قال لاثنين لكما نصف الربح صح وكانا فيه سواء ولو فضل احدهما صح ايضا وان
كان عملهما سواء اما تساويهما مع الاطلاق فلاقتضائه الاشتراك والاصل عدم
التفضيل ولانه المتبادر منه عرفا كما سبق في قوله بيننا واما مع التفضيل فلانه
عندنا وان اختلف عملهما لا غاية اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير وامر
الحصة على ما يشترطانه مع ضبط مقداره ولانه عقد الواحد مع اثنين كعقدين فيصح كما
لو قارض احدهما في نصف المال بنصف الربح والاخر في نصفه الاخر بثلث الربح فانه
جائز اتفاقا خلافا لبعض العامة حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما
في العمل قياسا على اتفاق شركة الابدان وذلك والاصل والفرع عندنا باطلان قوله
ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه لانه منكر للزائد ولان
الاختلاف في فعله وهو اعلم به ولان الاصل تبعية الربح للمال ولا يخرج عنه الا ما
اقر المالك بخروجه هذا مع عدم ظهور الربح اما معه فظاهر المصنف انه كذلك لعين
ما ذكر وربما استوجه بعض المحققين التحالف لان كلا منهما مدع ومدعى عليه

بالتحالف
فان المالك يدعي استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك فبقي القول
لان ضابطه كما سلف في البيع ان ينكر كل واحد ما يدعيه الاخر بحيث لا يجتمعان على امر
ويختلفان فيما زاد عليه وهو ضعيف لان نفس العمل لا يتناوله الدعوى لانه بعد
القضاء لا معنى لدعوى المالك استحقاقه وكذا قبله لان العقد جائز لا يستحق به العمل
وانما المستحق المال الذي اصله للمالك فحقيقة النزاع فيه فيجيء فيه ما تقدم من الاصول
قوله ولو دفع قراضا في مرض الموت وشرط ربحا صح وملك العامل الحصة لا فرق في ذلك بين
بين كون الحصة المشروطة للعامل بقدر اجرة المثل وازيد اذ لا تفويت في ذلك على الوارث
حتى يعتبر من الثلث فان المتوقف على اجازته او نفوذه من الثلث هو ما يخرج به
المريض من المال الموجود حالة التبرع وهنا ليس كذلك لان الربح امر معدوم متوقع
الحصول وليس مالا للمريض وعلى تقدير حصوله فهو امر جديد حصل بسعي العامل
وحدث على ملكه بعد العقد فلم يكن للوارث فيه اعتراض قوله ولو قال العامل ربحت
كذا ثم رجع لم يقبل رجوعه وكذا لو ادعى الغلط اما لو قال خسرت او قال ثم تلف الربح قبل
انما لم يقبل قوله في الاولين لان الكلام مكذب لاقراره الاول فلا تسمع كما في رجوع
كل مقر ولا فرق بين ان يظهر لدعواه الكذب اولا وجها كما لو قال كذبت لينزل المال في
يدي اولا خلافا لبعض العامة حيث قبل قوله في الاول لان ذلك واقع من بعض التجار
لاجل هذا الغرض واما قبول قوله بخسرت او تلف الربح فلانه امين هذا اذا كانت دعوى
الخسران في موضع يحتمل بان عرض في السوق كساد ولو لم يحتمل لم يقبل منه عليه في التلف
قوله والعامل يملك حصته من الربح بظهوره ولا يتوقف على وجوده ناضا
هذا هو المشهور بين الاصحاب بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف ولا نقل في كتب الخلاف عن
احد من اصحابنا ما يخالفه ووجهه مع ذلك اطلاق النصوص بان العامل يملك ما شرط له
من الربح وهو متحقق قبل الانضاض وقبل القسمة ولان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع

في العقد فيجب ان يثبت مقتضاه متى وجد الربح كما يملك عامل المساقاة حصته من الثمرة
بظهورها ولان الربح مع ظهوره مملوك فلا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقا
وليثبت احكام الملك في حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لا مالك غيرهما اتفاقا ولان العامل
يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا لانها فرع الملك ولا يكفي في استحقاقها مجرد العلاقة
لانها حينئذ ليست قسمة حقيقية واطلاقهم يقتضي انها حقيقية ولانه لو لم يكن مالكا
بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه والتالي باطل لحديث محمد بن قيس عن الصادق
عليه السلام قال قلت له رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم
قال يقوم فان زاد درهما واحدا اعتق واستسعى في مال الرجل والمقتضي للاعتاق انما هو
دخوله في ملكه ونقل الامام فخر الدين عن والده ان في هذه المسئلة اربعة اقوال ولكن لم يذكر القائل
باحدها احدها انه يملك بمجرد الظهور وثانيها انه يملك بالانضاض لانه قبله غير موجود
خارجا بل مقدر موهوم والمملوك لا بد ان يكون محقق الوجود فيكون الظهور موجبا
لاستحقاق الملك بعد التحقق ولهذا يورث عنه ويضمن حصته ولو اتلفها سواء المالك
والاجنبي وثالثها انه انما يملك بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد
ذلك شايعا في المال كسائر الاموال المشتركة والتالي باطل لانحصاره في الربح ولانه لو
ملكه لاختص بربحه ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط فلا يستحق
العوض فيها الا بتمام العمل كالجعالة ورابعها ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لان
القسمة ليست من الاسباب المملكة والمقتضي للملك انما هو العمل وهي دالة على تمام
العمل الموجب للملك وفي التذكرة لم يذكر في المسئلة غير القول الاول من العامة وا
لخاصة سوى القول الاول وجعل الثاني للشافعي في احد قوليه ولاحمد في احدى الروا
يتين ووافقا في الباقي على الاول فلا ندري لمن ينسب هذه الاقوال وهي مع ذلك ضعيفة
المأخذ فانا نمنع ان الربح قبل الانضاض غير موجود لان المال غير منحصر في النقد فاذا

ارتفعت قيمة العروض فراس المال منه ما قابل الجزء من قيمة راس المال والزائد ربح وهو محقق
الوجود ولو سلم انه غير محقق الوجود لا يقدح في كونه مملوكا فان الدين مملوك وهو غير موجود
في الخارج بل في الذمة امر كلي هذا ما على المبنى وعلى الثالث انه لا ملازمة بين الملك
وضمان الحادث على الشياع ويجوز ان يكون مالكا ويكون ما يملكه وقاية لراس المال
فلا يكون الملك مستقرا واستقراره مشروط بالسلامة وكذا لا منافاة بين ملك
الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولانه لو اختص بربح نصيبه لاستحق
من الربح اكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ولان القسمة ليست
من العمل في شيء فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك فلا وجه للحاقها بالجعالة و
قد نبه عليه في وجه الرابع ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع لانه مرتب
عليها اذا تقرر ذلك فنقول على تقدير الملك بالظهور فهو ليس بملك تام ولا
مستقر لان الربح وقاية لراس المال فلا بد لاستقراره من امر اخر وهو اما انضاض جميع
المال او انضاض قدر راس المال مع الفسخ او القسمة او لا معها على قول قوي
وبدونه ما يقع في التجارة من تلف او خسران سواء كان الربح والخسران
في مرة واحدة او مرتين وفي صفقة او اثنتين وفي سفرة او سفرات لان معنى الربح
هو الفاضل عن راس المال في زمن ذلك العقد فاذا لم يفضل شيء فلا ربح وهو
محل وفاق وسياتي لبعض احكام ذلك قوله العامل امين لا يضمن ما يتلف الا عن تفريط
او جناية المراد بالجناية ما يعبر عنه في نظائره بالتعدي فان استعمال شيء من اموال
القراض واكله من غير وجهه واتلافه كذلك يقال له جناية للمالك وتعد للحد الذي
قرره الشارع والفرق بينهما وبين التفريط ان التفريط عدمي وهو ترك ما يجب فعله
وهما وجوديان لاشتراكهما في فعل ما يجب تركه قوله وقوله مقبول في التلف

لاوفرق في ذلك بين دعواه تلفه بامر خفي كالسرقة اوظاهر كالحرق ولا بين امكان اقامة البينة
عليه وعدمه عندنا لكونه امينا فيقبل قوله فيه كسائر الامناء بل يقبل من
الغاصب كما سيأتي ان شاء الله مع يمينه اولى **قوله** وهل يعتبر في الرد فيه تردد الظاهر انه
لا يقبل وجه عدم القبول ظاهر لاصالة عدمه ولان المالك منكر فيكون القول قوله
كما ان العامل في ذلك مدع فعليه البينة وثبوت التخصيص في مثل دعوى التلف لامر
خارج لا يقتضي ثبوته مطلقا والقول الآخر للشيخ رحمه الله ان القول قول العامل لانه
امين كالمستودع ولما في تقديم قوله من الضرر لجواز كونه صادقا فتكليفه بالرد ثانيا
تكليف بما لا يطاق واجيب بمنع كلية قبول قول كل امين وبالفرق بينه وبين المستودع
فانه قبض لنفع نفسه والمستودع قبض لنفع المالك وهو محسن محض فلا يناسب اثبات
السبيل عليه لعدم قبول قوله لما فيه من الضرر والعجز اللاحق للعامل من عدم قبول
قوله مستند الى الحكم الشرعي فلا يقدح والتكليف بما لا يطاق ممنوع على ما سيأتي تحقيقه
في المسئلة بحث وهو انه اذا لم يقبل قوله فيه بالرد يلزم تخليده الحبس
لو اصر على انكاره خصوصا مع امكان صدقه وهم قد صرحوا بمثل ذلك في الغاصب حيث
يدعي التلف فكيف يثبتونه في الامين الا ان يحمل على مواخذته ومطالبته بدوام
الحبس الى ان يحصل اليأس من ظهور العين ثم يؤخذ منه البدل
للحيلولة الا ان في مثل هذا يأتي في دعوى التلف خصوصا من الغاصب وليس في
كلامهم تنقيح لهذا المحل فينبغي النظر فيه **قوله** اذا اشترى من ينعتق على رب المال فان
كان باذنه صح وينعتق فان فضل شيء من المال من ثمنه كان الباقي قراضا ولو كان في العبد فضل
ضمن رب المال حصة العامل والوجه الاجرة لما كان مبنى عقد القراض على طلب الربح
فكل ما ينافيه يكون باطلا ومن جملته شراء من ينعتق على المالك لانه محض

فصلاً

فصلا عن عدم اشتماله على الغرض المقصود فان اذن المالك في شرائه صح كما لو اشتراه
بنفسه او وكيله وعتق على المالك وبطلت المضاربة في ثمنه لانه صار تالفا وصار
الباقي راس المال ان كان والا بطلت المضاربة كما لو تلف جميع المال هذا اذا
لم يكن في العبد ربح حين الشراء فان كان فيه ربح فهل يستحق العامل حصته في العبد
ام يكون العامل اجرة قولان مبنيان على وقت ملكه بالحصة فان جعلناه بالانضاض
والقسمة فلا اشكال في عدم استحقاقه هنا لانتفائهما وان جعلناه
بالظهور كما هو المشهور المنصور احتمل كونه كذلك كما اختاره المصنف لبطلان المضاربة بهذا
الشراء لعدم كونه من متعلق الاذن فان شراء المضاربة ما اقتضى التقليب في البيع وطلب الربح
مرة بعد اخرى وهو منتف هنا لكونه مستعقبا للعتق فاذا صرف الثمن فيه بطلت وضمن المالك للعامل
اجرة المثل كما لو فسخ المالك بنفسه ويحتمل ثبوت حصة العامل في العبد لتحقق الملك بالظهور ولا يقدح فيه عتقه
القهري لصدوره باذن المالك فكانه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح والمنهاوح فيسري على العامل
مع يسار المالك ان قلنا بالسراية في مثله من العتق القهري او مع اختيار الشريك السبب ويغرم له نصيبه
مع يساره والا استسعى العبد فيه والاول اقوى لان هذا الشراء ليس من متعلق العقد كما قررناه فان قيل
استحقاق العامل الاجرة انما هو في العمل المحسوب للمضاربة فاذا قلتم بان هذا ليس من اعمالها بل خلاف
مقتضاها يجب ان لا يستحق العامل شيئا قلنا استحقاق الاجرة ليس مقصورا على هذا العمل وحده بل عليه وعلى
ما تقدمه من الحركات والسفر وغيره من المقدمات من حين العقد الى الآن لان ذلك كله من متعلقات العقد
وقد فسخ باختيار المالك الذي هو في قوة فسخه فيثبت للعامل عليه الاجرة كما اذا فسخ المالك قبل ان يشتري العامل
وبعد ان يسعى ويسافر ويعمل ما شاكل ذلك من المقدمات واما هذا العقد فانه وان لم يكن من مقتضيات
العقد لكنه عمل مامور به من المالك من فاعل معد نفسه للعمل بالعوض فيجب ان يثبت له عليه اجرة مثله مضافا
الى ما تقدم وعلى تقدير انحصار العمل من حين العقد فيه ففيه الاجرة ان كان مثله مما يحتمل الاجرة والا فلا
وحكم المصنف وغيره بالاجرة لا يسع ازيد من ذلك بل المراد ان كان العمل مما له اجرة فان الاحالة على اجرة المثل

تقتضي ان للمثل اجرة قطعا وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل وعمل الوكيل الذي مبنى عمله على التبرع والاجرة
ليست من مقتضياته بخلاف القراض فانه مبني على طلب العوض على عمله من حصة او اجرة **قوله** وان كان
بغير اذنه وكان الشراء بعين المال بطل وان كان في الذمة وقع الشراء للعامل الا ان يذكر رب المال اذا وقع شراء
المذكور بغير اذن المالك فلا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال او في الذمة وعلى التقديرين فاما ان يكون عالما بالنسبة
وحكم الشراء المذكور او جاهلا بهما او باحدهما خاصة والصور ثمان وعلى تقدير الشراء في الذمة اما ان يذكر المالك للبائع
لفظا او ينوي الشراء له خاصة او يطلق ونية نفسه خارجة من هذا المقام والمصنف رحمه الله لم يفرق في اطلاق
كلامه بين العالم بالنسبة والحكم والجاهل وخلاصة القول في ذلك انه ان اشترى بعين المال بطل اي لم يقع لازما
لكنه يكون فضوليا يقع على الاجازة مع احتمال ان يريد بالبطلان حقيقته نظرا الى النهي عن الشراء المذكور من حيث
منافاته لغرض القراض واشتماله على الاتلاف المحض ويضعف بان غاية النهي في مال المالك بغير اذنه ولكن
هو المقصود بعينه والنهي فيه لا يبلغ حد الفساد كنظائره هذا مع علمه بالنسبة والحكم اما مع جهله فيحتمل كونه كذلك لان
الاذن في هذا الباب انما ينصرف الى ما يمكن بيعه وتقليبه في التجارة للاسترباح ولا يتناول غير ذلك فلا يكون
ما سواه مأذونا فيه والتباس الامر ظاهرا لا يقتضي الاذن غايته انه غير آثم بجهله وهذا هو الذي دل عليه اطلاق المصنف
ويحتمل صحة البيع ويحكم بعتقه على المالك قهرا ولا ضمان على العامل لان الحصة المذكورة انما يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر
لا في نفس الامر لاستحالة توجه الخطاب الى الغافل لاستلزامه تكليف ما لا يطاق وكما لو اشترى معيبا لم يعلم
بعيبه فتلف بذلك العيب والفرق بين المعيب والمتنازع بجواز شراء المعيب اختيارا دونه لا يدخل فيما نحن
فيه لان الكلام في حالة لا ربح فيها كالعيب المفروض الذي ياتي على النفس والحال انه جاهل به واقراره عنه
في حالة اخرى لا دخل له في المطلوب وكذا القول بان تكليف الغافل بما لا يطاق انما يقتضيان عدم الاثم لا
صحة العقد لحكمهم بصحة العقود التي يطلب بها الربح وان ظهرت على خلاف ذلك بل على ضده فليكن هنا كذلك
فالحكم موضع اشكال وقوى الاشكال في جاهل الحكم خصوصا جاهل الحكم لانه غير معذور لقدرته على التحفظ
فان العلم مقدور لنا اما جاهل النسبة فمعذور بما تقدم وان اشترى في الذمة لم يقع للمضاربة لما تقدم من عدم
تناول الاذن لها لكن ان كان ذكر المالك لفظا فهو فضولي وان نواه خاصة وقع للعامل ظاهرا وبطل

باطنا

باطنا فلا يعتق ويجب عليه التخلص منه على وجه شرعي اذ ليس ملكا له في نفس الامر للنية الصارفة عنه
وان اطلق وقع مطلقا **قوله** اذا كان المال لامراة فاشترى زوجها فان كان باذنها بطل النكاح
وان كان بغير اذنها قيل يصح الشراء وقيل يبطل لان عليها في ذلك ضررا وهو اشبه لا شبهة في صحة
الشراء اذا كان باذنها لان الضرر جاء من قبلها ويبطل النكاح لامتناع اجتماع الملك والنكاح على ما هو
محقق في بابه وان كان بغير اذنها فقد نقل المصنف فيه قولين احدهما الصحة والقائل به غير معلوم ووجهه
انه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه ولا يتلف به راس المال فجاز كما لو اشترى ما ليس بزوج والثاني بطلان
الشراء لما ذكره المصنف من العلة وهي حصول الضرر على المالك به فيكون ذلك دليلا على عدم الرضا وتقييدا لما اطلقت
من الاذن بدليل منفصل عقلي او نحوه وينبغي على هذا ان يكون موقوفا على اجازتها اذ قلنا بتوقف
العقد الفضولي عليها ويحتمل ان يريد به قائله البطلان مطلقا لما ذكر من القرينة المفيدة وفي تصير الاقوال ثلاثة
وقد نقلها العلامة كذلك وان كان القائل به غير محرر والاقوى البطلان مع عدم الاجازة اذا تقرر ذلك فعلى
القول بالبطلان مطلقا الحكم واضح وعلى وقوفه ان ابطلته فكذلك وان اجازته بطل النكاح ولم يضمن العامل
ما فاتها من المهر والنفقة لان فواته مستند الى اختيارها وعلى القول بالصحة يضمن ما فات بسببه
مع علمه بالزوجية لان التفويت جاء من قبله لكن ضمانه للمهر اما النفقة فمشكل لانها غير مقدرة بالنسبة
الى الزمان ولا موثوق باجتماع شرائطها بل ليست حاصلة لان من جملتها التمكين في الزمن المستقبل وهو
غير واقع الآن الا ان يقال انه يضمنها على التدريج وهو بعيد والظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا
القول وهو الذي ذكره جماعة **قوله** اذا اشترى العامل اباه فان ظهر فيه ربح انعتق نصيبه من الربح و
يسعى المعتق في باقي قيمته موسرا كان او معسرا اذا اشترى العامل بمال القراض من ينعتق عليه كابيه وخصه
المصنف لانه مورد الرواية فلا يخلو اما ان يكون فيه ربح حين الشراء او لا فان لم يكن فاما ان يتجدد بعد ذلك فيه ربح
لارتفاع السوق ونحوه او لا فان لم يكن له ربح سابقا ولا لاحقا فالبيع صحيح اذ لا ضرر فيه على احدهما ولا عتق
وان كان فيه ربح من حين الشراء فلا يخلو اما ان يقول بان العامل يملك حصته من الربح من حين ظهوره
او يتوقف على احد الامور بعده فان قلنا باحد الامور لم يعتق ايضا فلا مانع من شرائه وان قلنا بالاول

ففيه اوجه اختار المص اصحها وهو صحة البيع وانعتاق نصيب العامل ولا يسرى الى نصيب المالك بل يستسعى العبد فى باقى قيمته للمالك وان كان العامل موسرا اما صحة البيع فلوجود المقتضى وهو صدوره من جايز التصرف على وجهه وانتفاء المانع اذ ليس الا حصول الضرر على المالك وهو منتف هنا لان العتق انما هو على العامل دون المالك واما عتق نصيب العامل فلاختيار السبب المفضى اليه كما لو اشتراه بماله وعدم سريان العتق على العامل مع يساره فلصحيحة محمد بن ابى عمير عن محمد بن قيس عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا عتق واستسعى فى مال الرجل اطلق الحكم بالاستسعاء من غير سؤال عن حال العامل هل هو موسر او معسر وترك الاستفصال فى مثل ذلك دليل العموم وليس السؤال عن رجل معين ليحتمل كونه عليه السلام عالما بحاله بل عن مطلق يحتمل الامرين ولان التقويم عليه على خلاف الاصل اذ هو شغل لذمة برية فيقتصر فيه على موضع الوفاق والوجه الثانى الحكم بحاله الا انه يقوم على العامل مع يساره لاختياره السبب وهو موجب للسراية لان اختيار السبب اختيار للمسبب كما سيأتى ان شاء الله وحملت الرواية على اعسار العامل جمعا بين الادلة او على تجدد الربح بعد الشرا كما سيأتى والثالث بطلان البيع لانه مناف لمقصود القراض اذ الغرض هو السعى للتجارة التى تقبل التقليب للاسترباح وهذا الشرا تعقب العتق له ينافى ذلك فيكون مخالفا للتجارة فيكون باطلا لعدم الاذن فيه او موقوفا على الاجازة والوسط لا يخ من قوة لولا اطلاق الرواية وان لم يكن فيه ربح حال الشرا ثم ظهر بارتفاع السوق بنى على الاقوال كما مر فان قلنا يملكه بالظهور عتق نصيب العامل ايضا قطعا لحصول المقتضى لكن هل يسرى عليه لو قلنا به فى السابق وجهان احدهما الحاقه به لاختياره السبب وهو الشرا اذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق وهو اختيار للمسبب وفيه نظر لان الشرا ليس هو مجموع السبب بل جزؤه والسبب القريب انما هو ارتفاع السوق ولا دخل لاختياره فيه فلا يكون مختارا للسبب لان جزؤه غير تعلو ولكن اطلاق الرواية السابقة يتناوله فانه يشمل ما لو كان الربح موجودا حال الشرا ومتجددا بعده وقد ترك الاستفصال ايضا فيعم كما مر والوجه الثانى عدم السراية لعدم اختياره السبب كما قد علم من السابق والاول قوى لولا معارضة اطلاق

الرواية وهذا هو السر فى اطلاق المص الحكم بالعتق من غير نظر الى تجدد الربح ووجوده وعدم السراية على العامل مطلقا بعيد باطلاق النص وان كان منافيا لما سيأتى من القواعد فى بابه قوله اذا فسخ المالك صح وكان للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت ولو كان بالمال عروض قيل كان له ان يبيع والوجه المنع القول الوجه انه لا يجب اذا انفسخ عقد القراض فلا يخ اما ان يكون فسخه من المالك او من العامل او منهما او من غيرهما كعروض ما يقتضى الانفساخ من موت وجنون وغيرهما وعلى كل تقدير فاما ان يكون المال ناضا كله او قدر رأس المال او بجميعه عروض او بعضه دون ذلك وعلى التقادير الستة عشر اما ان يكون قد ظهر ربح ولو بالقوة كوجود من يشترى بزيادة عن القيمة اولا فهذه اقسام المسئلة وهى اثنان وثلثون واكثر حكمها مختلف يحتاج الى التفصيل والمص رحمه الله ذكر حكم ما لو كان الفسخ من المالك مع بعض اقسامه كما ترى وجملة احكامها ان المال ان كان ناضا ولا ربح اخذه المالك ولا شئ للعامل الا ان يكون الفسخ من قبله فعليه اجرة العامل لمثل ما عمل على ما يقتضيه اطلاق المص رحمه الله لان عمله محترم صادر باذن المالك لا على وجه التبرع بل فى مقابلة الحصة وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق اجرة المثل الى حين الفسخ ويشكل بانه لم يقدم الا على الحصة على تقدير وجودها ولم توجد فلا شئ له والمالك مسلط على الفسخ حيث شاء ويمكن دفعه بانه انما جعل له الحصة خاصة على تقدير استمراره الى ان يحصل وهو يقتضى عدم عزله فيلزم حصولها فاذا خالف فقد فوتها عليه فيجب عليه اجرته كما اذا فسخ الجاعل بعد الشروع فى العمل وفيه نظر لان رضاهما بهذا العقد قدوم على مقتضياته ومنها جواز فسخه فى كل وقت والاجرة لا دليل عليها وهذا البحث آت فيما لو فسخ المالك قبل الانضاض ايضا وان كان قد ظهر ربح والحال انه بعد الانضاض اخذ العامل حصته منه وان قل خاصة اتفاقا وان كان الفسخ قبل الانضاض ولم يظهر ربح اخذه المالك ان شاء وهل للعامل ان يبيعه لو اراد من دون رضا المالك قولان منشأهما كونه ملك المالك فلا يجبر على بيعه والفرض عدم تعلق حق العامل به واحتمال وجود زبون يزيد فى الثمن فيحصل الربح وضعف الاخير ظاهر نعم لو كان الزبون المذكور موجودا بالفعل توجه الجواز لانه فى قوة ظهور الربح ولو انعكس الحال بان طلب المالك منه انضاض المال ولا ربح فيه ففى اجباره العامل عليه قولان من ظاهر قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدى وقد اخذه نقدا فيجب رده اليه ولحدوث التغيير فى المال بفعله فيجب رده ومن حدوث التغيير باذن المالك واصالة البرآءة

من عمل لا عوض عليه بعد ارتفاع العقد ولعله اقوى وان كان قد ظهر ربح والحال انه قبل الانضاض وقلنا يملكه بالظهور فان اتفقا على اخذ حقه منه بغير انضاض فلا بحث والا فان طلب المالك انضاضه وجب على العامل اجابته لان استحقاق الربح وان كان ثابتا بظهوره الا ان استقراره مشروط بالانضاض فيحتمل عروض ما يقتضى سقوطه وان طلب العامل البيع خاصة ففى وجوب اجابة المالك له وجهان من ان ما خذهما امكان وصول العامل الى حقه بقسمة العروض واسقاط باقى العمل عنه تخفيف من المالك لانه حقه فلا يكلف الاجابة الى بيع ماله بعد فسخ العامل وان حال العامل لا يزيد على حال الشريك ومعلوم انه لا يكلف شريكه اجابته الى البيع ومن وجوب تمكين العامل من الوصول الى غرضه بالاذن وربما لو جد راغب فى شرا بعض العروض او وجد ولكن بنقصان او رجا وجود زبون يشترى بازيد فيزيد الربح ولا ريب ان العامل مزية على الشريك من حيث ان حقه يظهر بالعمل والربح عوضه ولو قلنا بتوقف ملكه على الانضاض او غيره فوجوب اجابته ابعد وموضع الاشكال ما اذا طلب العامل البيع فى الحال اما لو طلب تأخيره الى وقت متأخر لموسم متوقع فليس له ذلك قطعا للضرر ولو كان الفسخ فى هذه الصور من العامل فالحكم كذلك الا ان استحقاق الاجرة لو كان ناضا لا ربح فيه ابعد وكذا وجوب اجابة المالك له الى بيعه فى الحالين لان المانع من قبله وفى التذكرة اطلق الحكم بثبوت الاجرة له لو فسخ العقد او احدهما وكان ناضا ولا ربح ولو كان بعضه ناضا فان كان قدر رأس المال اتجه عدم اجابة العامل على انضاض الباقى لرجوع المال الى المالك كما كان واولى منه لو كان ازيد ولو كان اقل توجه جواز اقتصاره على انضاض قدره لو قلنا باجباره على الانضاض فيما سبق وفى اكثر هذه الفروع اشكال من عدم نص على التعيين وتعارض الوجوه الدالة على الحكم وجملتها ما قد رايت قوله وان كان سلفا كان عليه جبايته قد عرفت ان العامل ليس له البيع بالدين الا مع الاذن وكذا الشرا نسيئة كالسلف فمع عدم اذن المالك فيه يكون الثمن مضمونا على العامل ولا كلام فيه هنا وانما الكلام فيما اذا اذن فيه وقد اطلق المص وجماعة وجوب جبايته على العامل وكذا غيره من الدين المأذون فيه لاقتضاء المضاربة رد رأس المال على صفته والديون لا تجرى مجرى المال ولان الدين ملك ناقص والذى اخذه كان ملكا تاما فليؤد كما اخذ لظاهر على اليد ما اخذت حتى تؤدى وربما احتمل عدم الوجوب لمنع كون المضاربة كما ذكر والحال ان الادانة باذن المالك ولاصالة البرآءة

الذمة من وجوبه ويضعف بان اذن المالك فيه انما كانت على طريق الاستيفاء لا مطلقة بدلالة القراين واقتضاء الخبر ذلك ولكونا فيما سبق بجواز اجباره على بيع العروض فهنا اولى قوله وكذا لو مات رب المال وهو عروض كان له البيع الا ان يمنعه الوارث وفيه قول الحكم هنا مبنى على ما سلف من الفسخ فان الموت من جملة اسبابه فوجوب اجابة كل واحد من العامل والوارث لو طلبا الاخر فيه ما سلف من التفصيل والقول الاخر هنا انه ليس للعامل البيع وان لم يمنعه الوارث لان المال حق لغيره من اذن فيه ولا فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه لبطلان العقد وهو متجه قوله اذا قارض العامل غيره فان كان باذنه وشرط الربح بين العامل الثانى والمالك صح ولو شرط لنفسه لم يصح لانه لا عمل له اذن المالك للعامل فى المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثانى والعامل الاول اذا اراد ذلك بمنزلة وكيل المالك وقد يكون بمعنى ادخال من شاء معه وجعلهما عاملين وقد يكون بالاعم منهما ومراد المص هنا الاول ومن ثم لم يصح ان يجعل له شيئا من الربح لانه ليس بعامل وقد تقدم ان مقتضى عقد القراض كون الربح بين المالك والعامل ولا فرق فى هذه الصورة بين جعل الحصة للعامل الثانى بقدر حصة الاول ودونها لان النقصان هنا وان كان يسمى للعامل الاول فليس بعامل من اعمال التجارة التى يستحق بها حصة ولو كانت الاذن بالمعنى الثانى او بالاعم جعل الثانى شريكا له فى العمل والحصة بينهما صح لانتفاء المانع فى الاول وهو عدم العمل قوله ولو كان بغير اذنه لم يصح القراض الثانى فان ربح كان نصف الربح للمالك والنصف الاخر للعامل الاول وعليه اجرة الثانى وقيل للمالك ايضا وقيل بين العاملين ويرجع الثانى على الاول بنصف الاجرة والاول احسن اذا عامل العامل بغير اذن المالك وسلم المال فلا يخ اما ان يبقى المال فى يد الثانى موجودا او يتلف وعلى التقديرين اما ان يظهر ربح ام لا ثم اما ان يكون الثانى عالما بان الاول غير مالك للمال ولا مأذون فى ذلك او لا ثم اما ان يجيز المالك العقد الثانى او يرده فان لم يجزه بطل ورجع فى ماله ان وجده باقيا ولا ربح فيه وان وجده تالفا تخير فى الرجوع على ايهما شاء لتعاقب ايديهما على ماله فان رجع على الاول رجع على الثانى مع علمه

التلف في يده امع جهله على الأقوى لغروره ودخوله على انه امانة وان رجع على الثاني رجع على الاول مع علمه ورجع مع جهله على الاقوى وان وجده باقيا او قد ربح فنصف الربح للمالك بغير اشكال واما النصف الآخر فلا يتبع شرطه وعلى هذا فللثاني اجرة مثل عمله على الاول لانه غره وهذا انما يتم مع جهل الثاني لا مع علمه ومع ذلك ان الشراء ان كان بعين المال والحال انه غير ماذون من المالك فهو فضولي فينبغي ان يتوقف على اجازته فان اجاز فالجميع له لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني غير ماذون وان كان في الذمة ونوى او صرح بالمالك وكذلك والاوقع لمن نواه ولنقصان اطلق فلا يتم ما اطلق في هذا القول وثانيها ان النصف الآخر للمالك ايضا لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني عقده فاسد ولا بد من تقييده بما ذكرناه وعلى هذا فاجرة الثاني على الاول مع جهله لا على المالك لعدم امره به وثالثها ان النصف بين العاملين بالسوية اتباعا للشرط خرج منه النصف الذي اخذه المالك وكانه تالف وانحصر الربح في الباقي وعلى هذا فيرجع العامل الثاني على الاول بنصف اجرته لانه دخل على نصف الربح تماما ولم يسلم الا النصف ويحتمل هنا عدم الرجوع لان الشرط محمول على ما يشتركان فيه حصل ولم يحصل الا النصف هذا كله مع جهل الثاني ليتم التوجيه وهذه الاقوال ليست لاصحابنا وانما نقلها عنهم احد ممن نقل الخلاف وان كان ظاهر العبارة قد ينقل ويقبل بشعره وانما هي وجوه الشافعية موجهة ذكرها المصنف والعلامة في كتبه ونقل الشيخ في ط قريبا منها بطريقة اخرى غير منقحة ولهم وجه رابع ان جميع النصف للعامل الثاني عملا بالشرط ولا شيء للاول اذ لا ملك له ولا عمل والتحقيق في هذه المسئلة المترتبة على اصولنا ان المالك ان اجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط وان لم يجز بطل ثم الشراء ان كان بالعين وقف على اجازة المالك فان اجاز فالملك له خاصة ولا شيء لهما في الربح اما الاول فلعدم العمل واما الثاني فلعدم الاذن له وعدم وقوع العقد معه وللثاني اجرة مثل عمله على الاول مع جهله لا مع علمه وان كان الشراء في الذمة ونوى صاحب المال فكذلك وان نوى من عامله وقع الشراء له وكذا ان لم ينو شيئا او نوى نفسه فالعقد له وضمان المال عليه لتعديه بمخالفة مقتضى المضاربة بحيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الاجرة على الاول مع جهله ان لم يتعد مقتضى

المضاربة

المضاربة بعد هذا قوله اذا قال دفعت اليه مالا قراضا فانكر فاقام المدعي بينة فادعى العامل التلف قضي عليه بالضمان وكذا الوديعة وشبهها وغيرهما من الامانات لان دعواه التلف يكذبها انكاره الاول وهو موجب للاقرار به وانكاره الاول تعدي في المال فيكون ضامنا وقوله قضي عليه بالضمان معناه فعلى الحكم عليه بالبدل مثلا او قيمة لا ضمان نفس الاصل لئلا يلزم تخليده الحبس وهذه العبارة اجود من قول العلامة لم تقبل دعواه لاستلزام عدم القبول حبسه الى ان يدفع العين وقد يكون تالفا الآن فيكلف الحاكم بتقديم من حبسه مدة يظهر الياس من وجود العين ولا فرق في هذا الحكم بين مال المضاربة وغيره من الامانات كما ذكره لوجود المقتضي في الجميع قوله اما لو كان جوابه لا يستحق عندي شيئا وما اشبهه لم يضمن اذ ليس في ذلك تكذيب للبينة ولا للدعوى الثانية فان المال اذا تلف بغير تفريط لا يستحق عليه بسببه شيئا ومن ثم فيقبل قوله في التلف مع تفريط مع يمينه قوله اذا تلف مال القراض او بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح وكذا لو تلف قبل ذلك وفي هذا تردد ظاهر العبارة ان جميع مال القراض لو تلف ومع ذلك يجبره بالربح بعد الدوران ممكن اما قبله فانه يوجب بطلان العقد ولا يمكن جبره الا ان عمل على ما اذن له في الشراء في الذمة فاشترى ثم تلف المال ونقد عنه الثمن فان القراض مستمر ويمكن حينئذ جبره بالربح المتجدد ولو كان التالف بعض المال امكن جبره على التقديرين ووجه التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران ان وضع المضاربة على ان الربح وقاية لرأس المال ولا يستحق العامل ربحا الا بعد ان يبقى رأس المال بكماله لعموم الدليل على ذلك وعدم دورانه لا دخل له في الحكم بخلافه ومن ان التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض والاقوى عدم الفرق لان المقتضي لكونه مال قراض هو العقد لا دورانه في التجارة فمتى تصور بقاء العقد مع ثبوت الربح جبر ما تلف مطلقا والمراد بدورانه في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء مع حصول الربح قبل ذلك واطلاق المصنف الجبر مع تلفه بعد الدوران يشمل ما لو تلف بآفة سماوية او بغصب غاصب او سرقة سارق وغير ذلك ووجه الاطلاق ان الربح وقاية لرأس المال ما دام المال لم يكن موجودا بكماله فلا ربح

وربما قيل باختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف لان حينئذ بمنزلة الموجود فلا حاجة الى جبره وبان النقصان الذي لا يتعلق بتصرف العامل وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه والمشهور عدم الفرق ولا يخفى ان الكلام مع عدم حصول العوض من المتلف والا كان العوض من جملة المال وقد ظهر بذلك ان الخلاف واقع بعد الدوران وقبله الا انه ليس مطلقا بل على بعض الوجوه قوله اذا قارض اثنان واحدا وشرط له النصف منهما وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال كان فاسدا لفساد الشرط وفيه تردد وجه الفساد ان الربح يجب ان يكون تابعا للمال فاذا شرطا له النصف كان النصف الآخر بينهما بالسوية فشرط التفاوت فيه يكون شرطا للاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال ووجه التردد مما ذكر ومن انه يرجع ذلك الى ان الفاضل يكون من حصة العامل لا من حصة الشريك لان الاصل اقتضاء التساوي في الربح للشريكين مع التساوي في المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفا الى حصة العامل بمعنى ان شرط الزيادة يكون قد جعل للعامل اقل مما جعل له الآخر النقيض وهو محتمل هنا مع اطلاقهما شرط النصف له من غير تعيين كما يتحقق على كل واحد فانه كما يحتمل الصحة حملا على ما ذكرناه ويحتمل البطلان فيرجح جانب الصحة لامكان الحمل عليها العموم وفوا بالعقود وهذا الاقوى اما لو صرحا باستحقاقه من نصيب كل منهما بخصوصه لنصفه فانه يجي في صحة العقد والشرط ما سبق في الشركة من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوي المالين وبالعكس وحيث قيدنا الصحة بعمل طالب الزيادة بطل هنا اذ لا عمل لهما قوله اذا اشترى عبدا للقراض فتلف الثمن قبل القبض قيل يلزم صاحب المال الثمن دائما ويكون الجميع رأس ماله وقيل ان كان اذن له في الشراء في الذمة فكذلك والا كان باطلا ولا يلزم الثمن احدهما القول الاول للشيخ في ط والثاني لابن ادريس وان غايره في شيء يسير والاقوى هنا ما اسلفناه سابقا من التفصيل وهو ان كان العامل اشتراه في الذمة او المالك اذن له في الشراء في الذمة لزمه دفع الثمن ثانيا وثالثا دائما والا فان صرح بكون الشراء له وقف على اجازته فان اجاز لزمه الثمن والا بطل البيع وان لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل والثمن عليه

ويبقى

ويبقى فيما لو نواه ما مر وان كان اشتراه بعين المال فهلك قبل دفعه بطل العقد وحيث يلزم المالك الثمن ثانيا يكون الجميع رأس ماله يجبر جميعه بالربح قوله اذا نض قدر الربح فطلب احدهما القسمة فان اتفقا صح وان امتنع المالك لم يجبر فان اقتسما وبقي رأس المال معه فخسر رد العامل اقل الامرين واحتسب المالك وقد عرفت ان ملك العامل للربح قبل القسمة غير مستقر لجواز تجدد تلف او خسران وهي وقاية للمال فمن ثم لا يجبر المالك على قسمته فان اتفقا على القسمة لم يملكها العامل ملكا مستقرا ايضا بل مراعى بعدم الحاجة اليها لجبر الخسران وعلى هذا ومع ذلك فان اتفق الخسران بعد القسمة رد العامل اقل الامرين مما وصل اليه من الربح وما يصيبه من الخسران لانه الا قل ان كان هو الخسران ولا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له وان كان هو الربح فلا يلزمه الجبر الا به وكذا يحتسب المالك اي يحتسب رجوع اقل الامرين اليه من رأس المال فيكون رأس المال ما اخذه هو والعامل وما بقي ان احتيج اليهما هذا هو الظاهر من عبارة المصنف وغيره والمناسب لوجه الحكم وللشهيد رحمه الله على هذا ونظائره من عبارات العلامة توجيه آخر وهو ان يكون المردود اقل الامرين مما اخذه العامل من رأس المال لا من الربح فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها الى رأس المال الاسدس والعشرون المأخوذة سدس الجميع فيكون حصة السدس منها من رأس المال وسدسها من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح وهو نصف السدس العشرين وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث هي احالة تقريره والحاصل انه على حكمهم بان المالك اذا اخذ من المال شيئا وقد ظهر ربح يحتسب ما اخذه منهما على هذه النسبة وسيأتي في الكتاب اشارة اليه هذا الوجه ضعيف والحمل على ما ذكر فاسد لان المأخوذ وان كان مشاعا الا ان المالك والعامل انما ارادا به الربح وحيث كان المال منحصرا فيهما فالنماء منوط بهما ولو كان ثم حق في ذلك من رأس المال شيء لم يصح للعامل التصرف فيه لان المالك لم يأذن الا في التصرف في

الربح ولم تنفع القسمة ولاتفاق الاعلية وايضا فلا وجه لاستقرار ملك العامل على ما بيده من الربح
مع اتفاقهم على كونه وقاية له ان اوقسماه وايضا فمن فصل رد العامل رأس المال على ظهور الخسران لا
وجه له لانه لا يملك شيئا من رأس المال وانما حقه في الربح واما حمله على اخذ المالك فليس بجيد لان
المالك لا ياخذ على وجه القسمة وانما ياخذ ما هو ملكه فلما كان فيه ربح وهو شايع دخل فيه جزء من
الربح على نسبة الماخوذ فيحتسب رأس المال بعد ذلك على حساب ما بقي بعد توزيع الماخوذ على
الاصل والربح واين هذا من اخذ العامل الذي لا يستحق الا في الربح ولا يقاسم المالك الا على جهة خاصة
قوله لا يصح ان يشتري رب المال من العامل شيئا من مال القراض ولا ان ياخذ منه بالشفعة
لان مال العامل ماله ولا يعقل ان يشتري الانسان ماله وهذا يتم مع عدم ظهور الربح اما معه و
قلنا بملكه بالظهور فيحتمل جواز شراء حق العامل ولو كان متزلزلا ولو ظهرت الحاجة اليه احتمل صحة البيع لكن
يلزم العامل رد قيمة ما اخذ كما لو كان نقد باعه لغير المالك او اتلفه ويحتمل بطلان البيع لان
الملك غير تام بل مراعى بعدم الحاجة الى الجبر وهو قوي ومثله القول في الاخذ بالشفعة لانه
مع عدم ظهور الربح لا يعقل اخذ ماله بالشفعة ومعه يصير شريكا فيمكن اخذه على الوجه المذكور
وليس في كلامهم تنقيح للمحل قوله وكذا لا يشتري من عبده القن الكلام فيه كما تقدم فان ما
بيده للسيد ولا فرق بين الماذون له في التجارة وغيره نعم حكى الشيخ رحمه الله قولا بان الماذون
اذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه وهو قول لبعض الشافعية لانه لا حق للسيد فيه وانما
هو حق الغرماء وفساده ظاهر لان استحقاق الغرماء فيه لا يقتضي خروجه عن ملك السيد كتعلق
حق الغرماء بمال المفلس نعم للسيد اخذ ذلك بقيمته لانه احق به لكن مع بذل العوض الا ان ذلك
لا يعد بيعا كما ياخذ العبد الجاني خطا ويبذل قيمته وذكر هذه المسألة في هذا الباب
استطرادي وكذا ما بعدها قوله ولا الشراء من المكاتب لانه ملحق بعد مكاتبته وسلطنة
المولى عليه انقطعت عنه فساوى غيره من الملاك ولم يبق الا ان يعتق لم يكن للمولى مما في يده شيء
ولا فرق في ذلك بين المطلق والمشروط وان كان الحكم في المشروط اضعف من حيث امكان رده

في

في الرق اجمع فيرجع ما في يده الى ملك السيد وليس كذلك المطلق لان ما في يده يحسب من مال الكتابة
لو احتيج اليه قوله اذا دفع مالا قراضا وشرط ان ياخذ له بضاعة قيل لا يصح لان العامل في القراض
لا يعمل ما لا يستحق عليه اجرا وقيل يصح القراض ويبطل الشرط ولو قيل بصحتهما كان حسنا
القول الاول للشيخ في ط واحتج على الاول بما اشار اليه المصنف من ان وضع القراض على ان يكون
للعامل في مقابلة عمله جزء من الربح وهذا العمل ليس في مقابله شيء فيفسد الشرط ويتبعه العقد
لان قسط العامل يكون مجهولا لاقتضاء الشرط قسطا من الربح وقد بطل فيبطل ما يقابله فتجهل
الحصة ووجه الثاني ان البضاعة لا يلزم القيام بها فلا يفسد باشتراطها بل يكون لاغيا لمنافاته
العقد ويصح العقد والاقوى ما اختاره المصنف من الحكم بصحتهما لعموم الامر بالوفاء بالعقود
وقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم ومنع منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد فان
مقتضاه ان يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح اما غيره فلا فلا منافاة ولا دليل يجوز لزوم
القول بجوازه لكن يبقى في المسألة بحث وهو ان البضاعة لا يجب القيام بها لان عملها تبرعا على
ذلك والقراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده لان الشرط
كالجزء من العقد فلا يزيد عليه والحال ان المالك ما جعل الحصة المعينة للعامل الا بسبب
الشرط فان وفاه فلا بحث والا اشكل الامر والذي تقتضيه القواعد انه لا يلزم العامل الوفاء
به وبه صرح في كره ومتى اخل به تسلط المالك على فسخ العقد وان كان ذلك له بدون
الشرط اذ لا تمكن سوى ذلك فان فسخ قبل ظهور الربح فللعامل عليه الاجرة كما مر وان فسخ بعد
ظهوره ففي كون جميع الربح للمالك نظر من انه لم يبذله للعامل الا بالشرط وقد فات ومن
ملك العامل له قبل الفسخ والاصل بقاؤه والمالك قد قدم على ذلك حيث اقتصر على
شرط ذلك في عقد لا يلزم الوفاء فيه بالشرط وربما قيل هنا بان للمالك الربح كله وعليه
الاجرة كما ذكرناه ولا يخلو من اشكال قوله اذا كان مال القراض مائة فخسر عشرة واخذ
المالك عشرة ثم عمل بها الساعي فربح كان رأس المال تسعة وثمانين الا تسعا لان الماخوذ

خسران
محسوب من رأس المال فهو كالموجود فاذا كان الربح انما يجبر رأس المال الذي بقي لا مطلق الخسران
فاذا اخذ المالك بعد الخسران شيئا كان من جملة رأس المال فلا بد ان يخصه من الخسران شيء فيسقط
من اصل الخسران ويجبر الربح الباقي فاذا فرض ان المال كان مائة فخسر عشرة واخذ المالك بعد
الخسران عشرة ثم ربح المال الباقي فهذا الربح لا يجبر مجموع ذلك الخسران لان الذي اخذه المالك
من جملة المال الخاسر وقد بطل القراض فيه بالاخذ فلا بد من اسقاط ما يخصه من الخسران
ثم يجبر الباقي منه بالربح الجديد وبالجملة فانما يجبر الربح خسران المال الذي بقي وطريق معرفة
ما يخص المال الماخوذ من الخسران ان يبسط الخسران وهو عشرة على المال وهو تسعون فنصيب
كل واحد تسع فنصيب العشرة الماخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك اعني الدينار والتسع
الذي اصاب العشرة من الخسران مما بقي من اصل رأس المال بعد العشرة وهو تسعون لانه
لما استرد العشرة فكانه استرد نصيبها من الخسران والضابط ان نسبة الماخوذ الى الباقي
وياخذ الماخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة قوله لا يجوز للمضارب ان يشتري جارية
يطاها وان اذن له المالك وقيل يجوز مع الاذن له اما لو احلها بعد شرائها صح
لا اشكال في تحريم وطئه بدون الاذن لانها مال الغير ولو فعل كان زانيا يحد مع عدم الشبهة
كاملا ان لم يكن ظهر ربح والا فبعد نصيب المالك واما اذا اذن له في شراء جارية ووطئها
فالحق انه كذلك لان الاذن قبل الشراء لا اثر له لان التحليل اما تمليك او عقد وكلاهما لا
يصلحان قبل الشراء فلا يتناوله الحصر في قوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والقول
بالجواز للشيخ في يه استنادا الى رواية ضعيفة السند مضطربة المفهوم قاصرة الدلالة
واما اذا اذن له بعد الشراء على وجهه فلا ريب في جوازه ان لم يكن ظهر فيها ربح والا ابتنى على
تحليل احد الشريكين لصاحبه والاقوى المنع قوله اذا مات وفي يده اموال مضاربة
فان علم مال احدهم بعينه كان احق به وان جهل كانوا فيه سواء ضمير فيه يعود الى المال المجتمع
من اموال المضاربة ومعنى استوائهم في ذلك المال انه يقسم بينهم على نسبة اموالهم لا

ان

لا انه يقسم بالسوية كما في اقسام غيرهم من الشركاء هذا اذا كانت اموالهم مجتمعة في يده على حدة ولما
اذا كان ممتزجا مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك ان وسعت
التركة اموالهم اخذوها وان قصرت تحاصوا قوله وان جهل كونه مضاربة قضي به ميراثا
المراد ان العامل كان في يده مضاربة في الجملة ولكن لا يعلم بقاؤها ولا تلفها وبواسطة ذلك جهل
كون المال الذي بيده مضاربة اذ كما يمكن ان يكون من مال المضاربة يمكن كونه ماله فيحكم بكونه ميراثا
عملا بظاهر اليد ولكن مع ذلك هل يحكم بضمانه للمضاربة من حيث اصالة بقائها الى ان يعلم تلفها بغير تفريط
ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ام لا لاصالة براءة الذمة وكونها امانة غير مضمونة واصالة بقائها
لا تقتضي ثبوتها في ذمته مع كونها امانة وجهان مبنيان على الاول لان اصالة بقائها تقتضي كون
مالكها كالشريك في مال العامل حيث لم يتميز ماله فيه فيقدم على غيره من الغرماء مع احتمال كونه اسوتهم
لان العامل يصير ضامنا بترك تعيينه والوصية به فاذا لم توجد العين كان بمنزلة التلف والاقوى
ما اختاره المصنف من عدم ثبوت شيء للمالك حيث لا يعلم بقاؤها بعينها في يده الى حين موته لاصالة
البراءة واستحقاق شيء من التركة موقوف على وجود سببه ومجرد المضاربة لا تصلح للسببية
لان ثبوتها في الذمة موقوف على ثبوت التقصير وفي عين التركة موقوف على العلم بكونه من جملتها
والاصل عدمهما نعم لو علم وجودها فيها باعتراف العامل في وقت لا يمكن تجدد تلفه فيه عادة او شهادة
عدلين فصاحبه كالشريك او علم تلفه بتقصير او بقاؤه الى بعد الموت في تقصير العامل في
ترك الوصية فصاحبه اسوة الغرماء وقد مضى مثل هذا البحث في الرهن

كتاب المزارعة والمساقاة

قوله اما المزارعة فهي معاملة على الارض بحصة
من حاصلها المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وهي تقتضي وقوعه منهما معا كما تقتضيه
باب المفاعلة لكنها في الشرع صارت معاملة على الارض بحصة من حاصلها ويمكن اثبات
المفاعلة منهما ايضا كما تقدم مثله في المضاربة لان احد المتعاملين زارع والاخر امر به
فكانه لذلك فاعل نظرا الى السببية والمعاملة في التعريف بمنزلة الجنس يشمل اجارة الارض

والمساقاة ولكن الاجارة خرجت بالقيد الاخير لانها لا تقتضي الحصة من النماء بل باجرة معلومة والمساقاة بقيد الارض لانها معاملة على الاصول بحصة منها وان كانت الارض من توابعها وقد يعبر عن المزارعة بالمخابرة اما من الخبير وهو الاكار او من الخبارة وهي الارض الرخوة او ماخوذة من معاملة النبي صلى الله عليه وآله لاهل خيبر والمزارعة عقد شرعي عندنا اجماعا وعند اكثر علماء الاسلام ومنع منه الشافعي وابو حنيفة وبعض العامة الا في مواضع مخصوصة **قوله** وعبارتها ان يقول زارعتك او ازرع هذه الارض او سلمتها اليك او عاملتك مدة معلومة بحصة من حاصلها ٥ المزارعة من العقود اللازمة فلا بد فيها من الايجاب والقبول الدالين على الرضا بتسليم الارض وتسلمها للمزارعة بالحصة المخصوصة وكونها بالعربية ولا ريب في الاجتزاء بزارعتك وكذا سلمت اليك وقبلتك وعاملتك ونحوها من صيغ الماضي الدالة على الانشاء صريحا واما قوله ازرع هذه الارض بصيغة الامر فان مثل ذلك لا يجوزونه في نظائره من العقود لكن المص وجماعة اجازوه هنا استنادا الى رواية ابي الربيع الشامي والنضر بن سويد عن ابي عبد الله عليه السلم وهما قاصرتان عن الدلالة على ذلك فالاقتصار على لفظ الماضي اقوى الحاقا له بغيره وفي عبارة المص تجوز في السؤال وعبارته كذا ولم يذكر القبول مع ان لا بد منه لكن العبارة عنها فلا بد من ذكره ولعله اشار بما ذكره الى الاكتفا بالقبول الفعلي كما اختاره العلامة في عقد فتنحصر العبارة في الايجاب ولا اقوى اعتبار القبول اللفظي كغيره من العقود اللازمة وعلم انه قد يستفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها ان المعقود عليه هو الارض المملوكة المنتفع بها كما استخرج من شرائطها وبقي من لوازمها البذر والعمل والعوامل وهي بحسب ما يتفقان عليه في مقابلة الارض او بعضها مضافا اليها من صاحب الارض وبعضها على العامل وصورها المنتشرة بينهما كلها جائزة وانها لا تتم المزارعة بين العاملين اذا لم يكن الارض ملكا لاحدهما كما في الارض الخراجية وان بقي من لوازمها ما يمكن اشتراكهما فيه لما قد عرفت ان متعلقها والمعقود عليه فيها هو الارض ولو اتفق اشتراكهما على المعاملة في مثل ذلك في الارض الخراجية

الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر بحيث يمتزج على الوجه المقرر في باب الشركة ويجعلان باقي الاعمال بينهما على نسبة المال فان اتفقا على زيادة عمل من احدهما نوى به التبرع فلا رجوع له بالزائد ولو اراد احد الحاصل مختلفا مع التساوي في البذر او بالعكس بني على ما تقرر في الشركة من جواز ذلك وقد عرفت ان المختار جواز الزيادة في القدر المقابل لمن له زيادة في العمل فليحط ذلك او غيره من الحيل الشرعية على تسويغ هذه المعاملة لانها متداولة في كثير من البلاد التي ارضها غير مملوكة فيحتاج فيها الى وجه مجوز ويمكن فرضها بامور منها ان يحصل منهما على حسب ما يتفقان عليه ح على نسبة الملك فان زاد احدهما واتفقا على التبرع به جاز ولا رجوع وقد تقدم ومنها ان يكون العقد بينهما كذلك ويصالح من له العوامل للزارع على منفعة عوامله المقابلة بحصة الزارع بعمل الزارع المقابل بحصة الآخر مدة معلومة ومنها ان يكتري كل منهما الحصة من ذلك العمل بشيء معلوم يتفقون عليه بان يستاجر الزارع بقية العوامل وكالآلات مثلا بقدر ذلك او غيره مدة مضبوطة ولو كان البذر من احدهما خاصة فان كان من صاحب العوامل استاجر منه نصف عمله بنصف عمل العوامل ونصف البذر مثلا او صالحه كذلك وان كان البذر من العامل استاجر نصف العوامل مثلا بنصف عمله ونصف البذر بشرط البذر الزارع الحاصل في جميع ذلك والصلح في الجميع كذلك **قوله** وهي عقد لازم لا ينفسخ الا بالتقايل ٥ لزوم هذا العقد امر متفق عليه ولان الاصل لزوم العقد الا ما اخرجه الدليل للامر بالوفاء به ولقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم والمراد من الحصر المستفاد من قوله لا يبطل الا بالتقايل البطلان المستند الى اختيار المتعاقدين لان ذلك هو المفهوم عند اطلاق العقد اللازم والجائز ولقرينة التقايل فانه امر اختياري وبقرينة عطفه عدم بطلانه بالموت فجعله حصرا حقيقيا واما احتجنا الى هذا التكلف لان هذا العقد قد يبطل بغير التقايل كانقطاع الماء وفساد منفعة الارض ونحو ذلك **قوله** ولا تبطل بموت احد المتعاقدين ٥ وهذا امر متفرع على لزوم العقد والاصالة الدوام

وكما تتضح تم انه ان كان الميت العامل قام وارثه مقامه في العمل والا استاجر الحاكم عليه من ماله او على ما يخرج من حصته وان كان الميت المالك فبقيت المعاملة بحالها وعلى العامل القيام بتمام العمل وربما استثني في الاول ما اذا شرط عليه المالك العمل بنفسه فانها تبطل بموته ويشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة لانه قد ملك الحصة وان وجب عليه بقية العمل فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد نعم لو كان قبله اتجه **قوله** ان يكون النماء مشاعا بينهما تساويا فيه او تفاضلا فلو شرط احدهما لم يصح اي يكون مجموع النماء بينهما مشاعا فيخرج من ذلك ما لو شرط احدهما شيئا معينا والباقي للآخر او لهما او ما لو شرط لاحدهما بحاصة وغير ذلك والوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة **قوله** كما لو شرط احدهما الهرف وللآخر الافل او ما يزرع على الجداول والآخر على غيرها الهرف بسكون الوسط المتقدم من الزرع والثمرة يقال اهرفت النخلة اي عجلت اتيانها قاله الجوهري وكاول بالتسكين ايضا خلاف الهرف وهو المتاخر عنه والجداول جمع جدول وهو هنا النهر الصغير وقد يطلق على قطعة من يجمع حولها التراب وكلاهما مشتركان في عدم جواز اشتراطهما لان اللازم اشاعة المجموع كما مر **قوله** ولو شرط احدهما قدرا من الحاصل وما زاد عليه بينهما لم يصح لجواز ان لا يحصل الزيادة ٥ لا فرق في ذلك بين كون القدر المشروط هو البذر وغيره ولا بين كون الغالب على تلك الارض ان يخرج منها ما يزيد على المشروط وعادة وعدمه لاشتراك الجميع في منافاة وضع المزارعة وكون العقد على خلاف الاصل حيث ان العوض فيه مجهول فيقتصر فيه على موضع النقل وخالف في بعض ذلك الشيخ في بر وجماعة فجوزوا استثناء البذر من جملة الحاصل وفي المختصر استثناء شيء منه مطلقا والمشهور الاول **قوله** اما لو شرط احدهما شيئا يضمنه من غير الحاصل مضافا الى الحصة قيل يصح وقيل يبطل وكان الاول اشبه ٥ المشهور بين الاصحاب جواز هذا الشرط لعموم الاوامر السابقة وخروجه عن النماء الذي اشاعه بينهما من مقتضى العقد والقول بالمنع للعلامة في بر والقول بالجواز يكون قراره مشروطا بالسلامة كاستثناء ارطال معلومة من الثمرة في البيع ولو تلف البعض

سقط عنه بحسابه لانه كالشريك وان كانت حصته معينة مع احتمال ان لا يسقط منه شيء بتلف البعض متى بقي قدره تصيبه عملا باطلاق الشرط **قوله** وتكره اجارة الارض للمزارعة بالحنطة والشعير مما يخرج منها والمنع اشبه ٥ مستند المنع رواية الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلم انه سأله عن اجارة الارض بالطعام قال ان كان من طعامها فلا خير فيه ويمكن الاستدلال به على الكراهة لان نفي الخير يشعر به وعلل مع ذلك بان خروج ذلك القدر منها غير معلوم فربما لا يخرج شيئا او يخرج بغير ذلك الوصف ومن ثم لم يجز السلم في حنطة من قراح معين لذلك ويشكل فيما لو كانت الارض واسعة لا تتخلف بتلك القدر عادة فلا يتم اطلاق المنع واما مع الاطلاق او شرطه من غيرها فالمشهور جوازه على كراهة للاصل ومنع منه بعض الاصحاب لاشتراطه يكون من جنس ما يزرع فيها الصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلم قال لا تستاجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة والنهي للتحريم ولحينئذ يحمله على الاشتراط مما يخرج منها لدلالة رواية الفضيل عليه او يحمل النهي على الكراهة وفيه نظر لان النهي مطلق ولا منافاة بينه وبين تحريم لو شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله عليه والتحقيق ان المطلق والمطلق متى كانا مثبتين لا يلزم الجمع بينهما بل يحمل المطلق على اطلاقه بخلاف السبب وبهذا خطه ذلك يخرج في افادكثير مما فرع وهو من هذا الباب وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع ورود نص آخر بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك حيث جمع الاكثر بينهما بحمل المطلق على المقيد وليس بشيء وتحقيق ذلك في الاصول مع انه يمكن هنا حمل الخبر الاول على الاطلاق كالثاني بان يريد يكون من طعامها اي من جنسه ويؤيده ظهور الكراهة منه ولو كان من تمة لكان اللازم التصريح بالمنع فان نفي الخير لا يبلغ حد المنع فان المباح والمكروه لا يتصف بالخير بالصحة وبينه وبين الشر واسطة واما النهي فالاصل فيه التحريم فحمله على الكراهة بغير دليل آخر غير حسن وقول ابن البراج بالمنع مطلقا لا يخلو من قوة نظرا الى الرواية الصحيحة الا ان المشهور خلاف قوله **قوله** وان يؤجرها باكثر مما استاجرها به الا ان يحدث فيها

الثاني تعيين المدة

حتماً او بوجه آخر بحيث غيره اختلف الاصحاب في جواز اجارة الارض وغيرها من الاعيان المستاجرة باكثر مما استاجرها به اذا لم يحدث فيها حدثاً فمنع منه جماعة من الاصحاب استناداً الى اخبار دلت باطلاقها على ذلك وذهب اخرون ومنهم المصنف الى الكراهة لدلالة اخبار اخر على الجواز وطريق الجمع بينها او بين ما دل على المنع حمل النهي على الكراهة وهو حسن واحتج الشيخ على المنع مع الاخبار بانه ربا وضعفه ظاهر لاشتراط الكيل والوزن في الربوي **قوله** واذا اشترط مدة معينة بالايام او الاشهر صح مقتضى اطلاق العبارة عدم الفرق مع ضبط المدة بين كونها واقية بادراك الزرع فيها او قاصرة ومحتملة وهو احد الوجهين في المسألة والاقوى اعتبار مدة يدرك فيها الزرع علماً او ظناً غالباً ولو اقتصر على تعيين دون ذلك بطل العقد لان الغرض في المزارعة هو الحصة من النما فاذا لم يتحقق في المدة عادة بقي العقد بلا عوض ولانه خلاف وضع المزارعة وكذا عند اذا امكان التراضي بعد ذلك على التبقية لان التراضي غير لازم فلا يعلق عليه شرط اللزوم **قوله** ولو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدة فوجهان احدهما يصح لان لكل زرع امداً فيبنى على العادة كالقراض والآخر يبطل كالاجارة وهو اشبه الاقوى اشتراط تعيين المدة على الوجه السابق لان مقتضى العقد اللازم ضبط اجله والفرق بينها وبين القراض واضح فانه عقد جائز لا فائدة في ضبط اجله لو شرط لجواز الرجوع قبله بخلاف المزارعة وكان الحاقها بالاجارة اشبه **قوله** ولو مضت المدة والزرع باق كان للمالك ازالته على الاشبه وجه جواز الازالة انقضاء المدة التي يستحق عليها فيها التبقية والاصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء ولان الزرع بعد المدة لا حق له فيكون ابقاؤه بدون رضى المالك ظلماً وقيل ليس له الازالة لانه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه ولان للزرع امداً معيناً غير دائم الثبات فاذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو اجر مدة الزرع فانقضت قبل ادراكه ورجح ان الاحتمال ايضا هناك قائم وقيل له الازالة بالارش جمعاً بين الحقين ويشكل فيما لو كان التاخير بتقصير الزارع وما اختاره المصنف اقوى

لزوال

لزوال الحق الزارع بانقضاء المدة فلا ارش له ولا استحقاق نعم لو اتفقا على التبقية بعوض او غيره صح لان الحق لا يعدوهما لكن لا يجبر احدهما عليه خلافاً لظاهر القواعد حيث جعل التخيير في قلعه بالارش والتبقية باجرة الى المالك ويشكل بان ايجاب عوض في ذمة الزارع لا يعقل بدون رضاه ثم على تقدير القلع بارش وغيره فالمقلوع لهما بناء على ان الزارع يملك الحصة وان لم ينعقد الحب خلافاً لابن زهرة ولا اجرة على المالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالمقلوع لان مقتضى الزارعة قصر الاحتمال وجوب اكثر الامرين من الحصة واجرة المثل لو قصر المقلوع منفعة ناقصة عن المعتاد لاستناد النقصان الى تفريطه ايضا ولا فرق في كون المقلوع بينهما بين كون البذر من مالك الارض والزارع فيتوجه للزارع الارش لاستحقاقه فيه الحصة كما لو كان البذر منه الاعلى القول السابق بثبوت الارش مع قلعه فطريق تحصيله ان يقوم الزرع قائماً بالاجرة الى اوان حصاده ومقلوعاً ويحتمل ان يضاف الى الاولى كونه مستحقاً للقلع بالارش لان ذلك من جملة اوصافه اللازمة له على هذا القول الا انه لا يخلو من دور وكلام الاصحاب في ذلك غير محرر **قوله** وان اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره لكن ان شرط عوضاً افتقر في لزومه الى تعيين المدة الزائدة متى قلنا بجواز القلع لم يجب على المالك الابقاء الا برضاه باجرة او غيرها واما اذا قلنا بوجوب الابقاء ففي وجوب الاجرة قولان والقولان للعلامة اولهما في التذكرة وثانيهما في القواعد وعلى تقدير اتفاقهما على الابقاء باجرة يكون اجارة الارض حقيقة لانقضاء مدة المزارعة فلا بد من ضبط المدة كالاجارة وان جاز الاطلاق في المزارعة ولو لم يضبطاها او اتفقا على التبقية باجرة واطلقا وجبت اجرة المثل **قوله** ولو شرط في العقد تاخيره ان بقي بعد المدة المشترطة بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدة وجه البطلان على القول المذكور ان المدة تصير في الحقيقة هي المجموع من المذكورة وما بعدها الى ان يدرك الزرع وهي مجهولة فيبطل العقد للاخلال بالشرط على تقدير عدم جهالة الجملة فالمدة المجهولة المشروطة وشرطها في متن العقد من جملة العوض فاذا انضمت جهالته

بطل العقد كما لو كان جميع المدة مجهولاً ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور لان المدة مضبوطة وما تضمنه الشرط مميز لها التابع يذكر لاحتياط الاحتمال الحاجة وجهالة التابع غير مضرة وكذا القولين **قوله** ولو ترك المزارعة حتى انقضت المدة لزمه اجرة المثل ولو كان استاجرها لزمه الاجرة لان منفعتها صارت مستحقة له بحيث لا يمكن من استيفائها او فرق بها عليه فيلزمه الاجرة كما لو كان قد استاجرها مدة معينة ولم ينتفع بها هنا مع تمكين المالك له منها ايدها ولا يتحقق عليه شيئاً لان المنع من قبله وحيث يلزمه ضمان الاجرة يلزمه ارشها لو نقصت بترك الزرع كما يتفق في بعض الارضين لاستناد النقص الى تفريطه ولا فرق فيهما بين ما اذا ترك العامل الانتفاع اختياراً او غيره ظاهرهم عدمه ولا يبعد الفرق لعدم التقصير في الثاني خصوصاً في الاخير ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة ولم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال الى ما لا يقتضيه العقد نعم يتوجه الحكم مطلقاً في الاجارة لان حق المالك هو الاجرة عوضاً عن منفعة العين تلك المدة واذا فاتت المنفعة فانما ذهبت على مالكها وهو المستاجر اما الموجر فلا حق له فيها الماحصة في الاجرة ولم تفت

الثالث الانتفاع بالارض

قوله ان تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها بان يكون لها ماء اما من نهر او بئر او عين او مصنع الضابط امكان الانتفاع بها في الزرع عادة بالماء الذي ذكره وما اشبهه كالمطر والزيادة كالنيل وحصره في المذكورات ليس بذلك الحسن والحاصل ان من شرط صحة المزارعة على الارض ان يكون لها ماء نادراً لم تصح المزارعة عليها لا مع عدم التمكن من الانتفاع ما وقع عليها العقد غالباً ومن امكان الوقوع ولو نادراً وهو علة هذه القاعدة نشكل الحكم في بعض ما يأتي كما ستقف عليه **قوله** فلو انقطع في اثناء المدة فللمزارع الخيار لعدم الانتفاع هذا اذا زرع عليها او استاجرها للزراعة وعليه اجرة ما سلف ويرجع بما قابل المدة المتخلفة وقد عرفت ان امكان الزرع شرط صحة المزارعة واذا وجد الشرط في الابتداء ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القاعدة بطلان العقد لفوات الشرط في المدة ولكن المصنف رحمه الله والعلامة اطلقا القول بعدم البطلان بل حكما بتسلطه على الفسخ

وكأنهما

وكأنهما نظرا الى صحة العقد ابتداء فيستصحب والضرر اللاحق للزارع بانقطاع الماء ينجبر بتسليطه على الفسخ وفيه نظر هذا حكم المزارعة اما الاجارة فان كان قد استاجرها للزراعة فكذلك لا في المعنى اما لو استاجرها مطلقاً لم يتخير مع امكان الانتفاع بها بغيره وقوله وعليه اجرة ما سلف من احكام الاجارة على تقدير فسخه فان الفسخ الطارئ عليها يوجب ثبوت اجرة ما سلف من المدة والرجوع بما قابل المتخلف اما المزارعة فلا شيء على العامل اذا لم يشترط عليه سوى الحصة وقد فاتت **قوله** واذا اطلق المزارعة زرع ما شاء الظاهر ان ضمير زرع يعود الى الزارع العامل وانما يتم ذلك اذا كان البذر من عنده اما لو كان من عند صاحب الارض فالتخيير اليه بطريق اولى لا الى الزارع واما بجمع الاطلاق لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي وكل فرد من افراد الزرع يصلح ان يوجد المطلق في ضمنه واولى منه لو عمم لدلالته على الاذن في كل فرد فرد وقوي في التذكرة وجوب التعيين لتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات فلو لم يكن العزم ولا ريب انه احوط الا ان في تعيينه نظراً لدخول المالك على اضر الانواع من حيث دخوله في الاطلاق فلا غرر كالعموم وقد يفرق بين الاطلاق والتعميم بان الاطلاق انما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الافراد وهو لا يلزم منه الرضا بالقدر المشترك الرضا بالاشخاص من غيره اذ ليس في اللفظ اشعار بتلك الفرد ولا دلالة على الاذن والرضا بين بخصوصه ولان الرضا بالقدر المشترك انما يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين الكل لا على الرضا بالزائد عليها ولم المتوسط وكان اشبه بخلاف العام فانه دال على الرضا بكل فرد وفيه نظر لان المطلق لما كان هو الدال على الماهية بلا قيد صح وجودها في ضمن المفرد والمثنى والمجموع وغيرها على ما حقق مع ان لوازمها مختلفة ولذلك حكموا بان الامر بالمطلق كالضرب مثلا يتحقق امتثاله بحري منه جزء كالضرب بالسوط والعصا ضعيفاً وقوياً ومتوسطاً حتى قيل ان الامر به امر بكل جزئي او اذن في كل جزئي وهذا كله يناقض ما ادعاه الفارق ولو قيل بان المطلق هو النكرة كما اختاره الآمدي وابن الحاجب حيث عرفاه بانه الوجوه الشائعة او النكرة في

بسياق النفي الا انه فصلاحيته لكل فرد من افراده انفع طاهر وان اختلفت بالقوة والضعف والمراد بالعقد المشترك على هذه التقديرات المعنى المصدري او نفس الحقيقة المشتركة بين الافراد لا تلك اللوازم اللاحقة لها وهي مثلا الزرع الصالح لكل فرد من افراد المطلق وعلى انه لا اشتراكه في هذا المعنى واده لو اشترك في الضرر وعدمه **قوله** وان عين الزرع لم يجز التعدي الى غير المعين سواء كان شخصيا كهذا الحب او صنفيا كالحنطة الفلانية او نوعيا وعدمه لاختلاف الاغراض باختلافه فيتعين ما تعلق به الغرض المعلوم عليه بالتعيين فلا يجوز العدول عنه مطلقا علا بالشرط وهذا هو مقتضى التعيين في كلام المص وغيره الا انه قد ابي تماثيا فيبعد ذلك في قوله ولو كان اقل ضررا جاز ولم اعتذر بان الرضا بزرع الاضر بالنسبة الى الارض يقتضي الرضا بالاقل ضررا بطريق اولى باطل لان غرض مالك الارض ليس محصورا فيما يتعلق بمصلحة الارض بل القصد الذاتي له انما هو الانتفاع بالزرع ومصلحة الارض تابعة لا مقصودة بالذات ولا شك ان الاغراض تختلف في انواع المزروع فربما كان غرضه في الاشد ضررا من حيث نفعه او الحاجة اليه وان حصل للارض ضرر ولا يتعلق غرضه بالاخف وانما انتفعت الارض به الا ترى ان الارض لو انتفعت بترك الزرع راسا لم يكن ذلك كافيا في جواز ترك المزارع العمل نظرا الى مصلحة الارض فالاقوى عدم التعدي لما عين مطلقا نعم مثل هذا يجري في اجارة الارض لزرع نوع معين فان عدول المستاجر الى زرع ما هو اخف ضررا منه متجه لان الغرض من الاجارة للمالك تحصيل الاجرة وهي حاصلة على التقديرين ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر عن ارضه واولى منه لو ترك الزرع طول المدة فانه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجه ضرر على الارض لحصول مطلوبه وهو الاجرة بخلاف المزارعة فان مطلوبه الحصة من الزرع المعين فلا يدل على الرضا بغيره ولا يتناوله بوجه **قوله** ولو زرع ما هو اضر والحال هذه كان لمالكها اجرة المثل ان شاء والمسمى مع الارش اي لو عدل الى زرع الاضر والحال انه قد تعين غيره مما هو اخف ضررا فان المالك يتخير بين ما ذكر من الامرين ووجه التخيير ان مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفى في ضمن زرع الاضر فيتخير

اخذ المسمى مقابل مقدار المنفعة المعينة مع اخذ الارش في مقابلة الزائد الموجب ... لضرر الارض ... وبين اخذ

فيتخير بين اجرة المثل لزرع ذلك الاضر من غير نظر الى المسمى ولا ارش لان المزروع بتمامه وقع بغير اذن المالك لانه غير المعقود عليه وتشكل الحكم الاول مع التعبير بان الحصة المسماة انما وقعت في مقابلة زرع المعين ولم يحصل والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الاذن فلا وجه لاخذ المالك فيه الحصة فوجوب اجرة المثل خاصة اقوى **قوله** ولو كان اقل ضررا جاز قد عرفت ما في الجواز ومن لوازم الجواز لو تم ثبوت الحصة للمالك مجانا وفيه نظر لانه غير معقود عليه اصلا فكيف يستحق فيه شيئا مع انه نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه والخيرة العلامة في كتبها بين اخذ اجرة المثل والمسمى لمتقرب ما ذكر في الاضر وفيه النظر السابق والاقوى ثبوت اجرة المثل خاصة **قوله** ولو زارع عليها او آجرها للزراعة ولا ماء لها مع علم المزارع لم يتخير ومع الجهالة له الفسخ قد عرفت فيما تقدم من كلام المص وما حققناه ان من شرط صحة المزارعة على الارض ان يكون لها ماء معتاد للسقي غالبا بحيث يمكن الانتفاع بالزرع فبدونه لا يصح العقد لفقد الشرط وان رضي كل من المالك والعامل لانه تصرف في حكم لم يرد الاذن فيه شرعا وهو ينافي ما ذكرها من جواز المزارعة عليها الا انه مع العلم بعدم الماء ومع عدمه التخيير والكلام من ملك القاعدة بطلان المزارعة هنا سواء علم ام لم يعلم ولان الحكم بالتخيير فرع صحة العقد وقد شارك العلامة المص في كتبه على مثل هذه العبارة ولم يراد عليه التصريح بانه لو ساقاه على ما لا ماء لها لم يصح العقد وتردد في التذكرة في الصحة مع عدم الماء كما حكيناه سابقا وربما تكلف بعض الجمع بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للارض ما يمكن الزرع والسقي به لكنه غير معتاد من جهة المالك بل يحتاج معه الى تكلف واجراء ساقية ونحوه والمنع على ما لو لم يكن لها ماء مطلقا وهو حسن لو ثبت ان مثل هذا العقد يوجب التخيير وان الاطلاق يقتضي كون الماء معتادا الا ان كلام الفقهاء الا في كل ~~منهم ياباه فانهم اقتصروا في الحكم بالجواز على امكان السقي للمالك من غير تفصيل وفي التخيير على عدمه الا كان ولو امكن احداث النهر والساقية ونحوهما للزم المالك سواء كان معتادا~~

~~ام لا كما سيأتي التنبيه عليه والفرق بين كون الماء معتادا ام لا~~ لان الاطلاق كلامهم ياباه فانهم اقتصروا في الحكم بالجواز على امكان السقي بالماء من غير تفصيل وفي التخيير على عدم الامكان وايضا فان احداث النهر والساقية ونحوهما لازم للمالك سواء كان معتادا ام لا كما سيأتي التنبيه عليه فلا فرق حينئذ بين كون الماء معتادا وعدمه في عدم التكلف على الزارع والاقوى عدم الصحة هنا عملا بهذا الاطلاق ومثله ما لو استاجرها للزراعة **قوله** اما لو استاجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة لم يفسخ لامكان الانتفاع بها بغير الزرع الحكم بعدم الفسخ ينبغي ان الحكم فيما لو لم يكن المستاجر عالما بحالها فان العالم لا معنى لتوهم جواز فسخه بل اما ان يصح او يبطل مطلقا وانما لم يكن له الفسخ مع الجهل بحالها لانه اذا استاجرها مطلقا لا يقتضي اشتراط امكان زرعها بل اما ان يصح او يبطل مطلقا واما لم يكن له الفسخ مع الجهل بحالها لانه اذا استاجرها مطلقا لا يقتضي اشتراط امكان زرعها لانه من انواع الانتفاع ولا يشترط في استيجار شيء ان يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه التي تصلح لها بل امكان الانتفاع به مطلقا حيث يطلق وما هو هنا كذلك لامكان الانتفاع بالارض المذكورة في وضع المتاع وجعلها مراحا ومسرحا وغيره ذلك وان كان الغالب في الارض الزراعة لان الغلبة لا تقيد الاطلاق مع احتمال الرجوع الى الغالب في ذلك كالارض فان كان المزروع ~~تسلط الغالب الارض الزراعة لان الغلبة لا تقيد الاطلاق مع احتمال الرجوع الى الغالب~~ في على الفسخ حملا على المعتاد **قوله** وكذا لو شرط الزراعة وكانت في بلاد تسقيها الغيوث غالبا هذا في الحقيقة من جملة اقسام الارض التي يعتاد لها ماء يسقيها اذ لا فرق في العادة بين كون السقي بنفسه من قبل الله او اجراء الماء من قبله تعالى كالنهر والساقية ولكن المصنف حصر الماء المذكور سابقا في تلك الاقسام الاربعة فعقبها بذكر الغيث **قوله** ولو استاجر للمزارعة ما لا ينحسر عنه الماء لم يجز لعدم الانتفاع المراد ان الماء لا ينحسر وقت الحاجة الى الزرع ولا فلو كان ثم ماء يقف عليها عند العقد ولكن يرتفع وقت الانتفاع عادة صح مع العلم بالارض بان كان قد رآها

اولا او الماء صافيا لا يمنع رؤيتها ووجه عدم الصحة في الاول ما ذكره من عدم الانتفاع بها فيما استوجر عليه من المنفعة وهو بوجه ما اسلفناه في المسائل السابقة واحترز بالاستيجار للزراعة عما لو استاجرها لغيره مما يمكن استيفاؤه مطلقا فان الاجارة الصحيح وينتفع بها فيما يتناوله كاصطياد السمك ولو فرض تعذر الانتفاع بها مطلقا لم يصح مطلقا لان شرط الصحة امكان الانتفاع **قوله** ولو رضي بذلك المستاجر جاز ولو قيل بالمنع لجهالة الارض كان حسنا هذا التعليل لا يدل على البطلان مطلقا لامكان العلم بالارض مع وجود الماء سابقا او مع صفاء الماء كما ذكرناه ولو فرض الجهل بها على كل حال فالمنع متوجه كما ذكرناه **قوله** وان كان قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز ووجب الجواز امكان الانتفاع في الجملة لكن لو لم يعلم المستاجر بذلك تسلط على الفسخ للعيب هذا اذا كان الزرع ممكنا في جميع الارض على النقصان اما لو امكن في بعضها دون بعض ففي الحاق غيرها لا ينحسر عنه وجه **قوله** ولو كان الماء ينحسر عنها تدريجا لم يجز الا الوقت للانتفاع مقتضى التعليل انه لا فرق بين رضا المستاجر بذلك وعدمه لان رضاه بما هو فاقد شرط الصحة غير كاف في الصحة وفي بعض قيد المنع بعدم رضا المستاجر فلو رضي صح وهذا المايتم فيما يكون كالعيب المنجبر بالرضا والخيار لا في الجهالة على تقدير الحاقه به نظرا الى امكان الانتفاع في الجملة واما ما يوجب انقطاعه تدريجا نقصان المنفعة فلا وجه للحكم بعدم الصحة بل يتوجه تخيير المستاجر مع الجهل وما اطلقه المص هنا اوضح وهذه الاحكام آتية في المزارعة على الارض المذكورة وكان ذكرها في بابها اولى وعلى ما استطرد حكم الاجنبي اما التعميم وربما قيل في هاتين المسالتين بان المنع مخصوص بالاجارة اما المزارعة عليها فجائزة والفرق ابتناء الاجارة على المعلومية لانضباط الاجرة فلا بد من انضباط المنفعة في مقابلها بخلاف المزارعة فان المنفعة التي هي الحصة لما كانت مجهولة تسومح في مقابلها من العوض بما لا يتسامح في غيرها ولا باس به **قوله** ولو شرط الغرس والزرع افتقر الى تعيين مقدار كل واحد منهما لتفاوت ضرريهما وكذا لو استاجر لزرعين او غرسين مختلفي الضرر

اي اشترط في استيجار الارض للغرس فيها والزرع معاً ولا بد من تعيين مقدار كل واحد لان الغرس اضر على الارض فيمكن ان يبطل الاطلاق على الاقتصار من الاخف على ما تحقق الجمع وبالعكس وبينهما في الضرر اختلاف كثير فلا بد من ضبطه وكذا القول في شرط الزرعين كالحنطة والشعير فان زرع الحنطة اضر فلا بد من تعيين المقدار وكذا الغرسين المختلفين في سريان العروق في الارض ويمكن حمل الاطلاق على الجمع حمل كل واحد منهما في نصف الارض لان المتبادر من لفظ التشريك التنصيف من غير مرجح وهذا هو الاقوى وح فلا يجب التعيين هنا كما اذا استاجر لهما مطلقا اما لو استاجرها لينتفع بما شاء منهما صح وتخير لان ذلك تعميم في الافراد وقد دل على الرضا بالاضر ويبقى الكلام في تعيين النوع الواحد من الزرع والغرس في الطاقة ما تقدم **قوله** اذا استاجر ارضا مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالبا قيل يجب على المالك الابقاء او الازالة مع الارش وقيل له الازالة لما لو غرس بعد المدة وكلا قول اشبه **ش** وجه الاول ان المستاجر غير متعد بالزرع لانه مالك لمنفعة تلك المدة فله الزرع وذلك يوجب على المالك الابقاء لعموم قوله صلى الله عليه وآله ليس لعرق ظالم حق **قال** الامام فخر الدين رحمه الله ان الاصوليين اجمعوا على دلالة المفهوم في هذا الحديث وان اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره لكن لما لم يكن له في الارض حق بعد المدة لانقضاء الاجارة جمع بين الحقين بالابقاء بالاجرة وهو المراد من اطلاق المصنف الابقاء او قلعه بالارش ووجه الثاني ان المستاجر دخل على انه لا حق له بعد المدة لان منفعة المدة هي المبذولة في مقابلة العوض فلا يستحق بالاجارة شيئا آخر فللمؤجر قلعه مجانا كما لو غرس المستاجر بعد المدة وهذا هو الاقوى وعدم تعدي المستاجر بزرعه في المدة لا يوجب له حقا بعدها مع استناد التقصير اليه والمفهوم ضعيف ودعوى الاجماع على العمل به هنا لم يثبت وعلى تقدير صحته يمنع من كونه بعد المدة غير ظالم لانه واضع عرقه في ارض لا حق له فيها والزام المالك باخذ الاجرة على الابقاء او تكليفه الارش على خلاف الاصل فلا يصار اليه بلا دليل وذلك

وعلى

ومثله ما لو استاجر للزرع مدة يدرك فيها غالبا لكن قصر الزارع في الزرع الى ان انقضت المدة اما لو كان التاخير لا بتقصير منه بل لكثرة الامطار او تغير الاهوية او شدة البرد ونحوها توجه وجوب الصبر الى بلوغه بالاجرة فانهما وان اشتركا في عدم استحقاق ما بعد المدة الا انه حيث لم يقصر وقد زرع بحق يجمع بين الحقين بالاجرة بخلاف ما اذا قصر وقدم على ذلك كالسابق فانه يسقط حقه اذ لا معارض له **واعلم** ان هذه المسائل كلها استطراد كان تاخيرها الى باب الاجارة انسب **قوله** اذا كان من احدهما الارض ومن الاخر البذر والعمل والعوامل صح الى قوله نظرا الى الاطلاق **ش** الضابط ان الصور الممكنة في اشتراك هذه الاربعة بينهما كلا او بعضا جائزة لاطلاق الاذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض ذلك مخصوصا من احدهما **وينبه** انه المراد من قوله نظرا الى الاطلاق **هذا** اذا كانا اثنين خاصة ولو جعلا معهما ثالثا وشرطا عليه بعض الاربعة او رابعا كذلك ففي الصحة وجهان من عموم الامر بالوفاء بالعقود والكون مع الشرط ومن توقف المعاملة بينهما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ولم يثبت منه مثل ذلك والاصل في المزارعة قصة خيبر ومزارعة النبي صلى الله عليه وآله اليهود عليها على ان يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها وله صلى الله عليه وآله الشطر الاخر وليس فيها ان المعاملة مع اكثر من واحد وكذلك باقي النصوص التي وردت من طرقنا ولانه يتم باثنين موجب وهو صاحب الارض وقابل فدخولهما زائد يخرج العقد عن وضعه او يحتاج اثباته الى دليل والاقوى عدم الصحة **قوله** ولو كان بلفظ الاجارة لم يصح ان كان العوض اما لو اجرها بمال مضمون او معين من غيرها جاز **ش** لا اشكال في عدم وقوعها بلفظ الاجارة للاختلاف احكامهما فان الاجارة تقتضي عوضا معلوما والمزارعة يكفي فيها الحصة المجهولة واما لو آجر الارض بمال مضمون مقدر سواء كان من جنس ما يزرع ام من غيره ام معين من غير ما يخرج منها صح وقد تقدم الكلام في ذلك

وتنبه بالمنع من ايقاعها بلفظ الاجارة على خلاف بعض العامة حيث جوزها بها **قوله** اذا تنازعا في المدة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه وكذا لو اختلفا في قدر الحصة فالقول قول صاحب البذر **ش** اما المدة فلان الاصل عدم زيادتها على ما يتفقان عليه فيقدم قول منكر الزيادة واما النماء فلما كان تابعا للاصل في الملك فالقول قول صاحب البذر في حصة الاخر لاصالة عدم خروجها عن ملكه وعدم استحقاق الاخر لما يدعيه ولان مدعي الزيادة فيهما لو ترك المنازعة لترك فيكون مدعيا بهذا المعنى ايضا لا ينافي اتفاقهما على عقد يتضمن حصة ومدة ينقل عن كل المنكر وليس مدعي الزيادة بمتروك اذا ترك فانه اذا ترك العمل طالبه. وانما يتم هذا اذا وقع الاختلاف عند الانتهاء لانا نقول العقد المتضمن لهما انما اخرج عن حكم الاصل في اصل المدة والحصة لا في قدر معين منهما فلا فيبقى انكار الزيادة فيهما على الاصل لم يخرج عن الاصل شيء والمراد من ترك اذا ترك في نفس ذلك المدعى وهو هنا المدة الزائدة او الحصة الزائدة اما العمل فهو امر خارج عن الدعوى فلا اثر للمطالبة به في هذه المنازعة **قوله** ولو اقام كل منهما بينة قدمت بينة العامل **وقيل** يرجح الى القرعة والاول اشبه **ش** اذا اقام كل منهما بينة بني على تقديم بينة الداخل والخارج والمشهور الثاني وهو خارج بالنسبة الى دعوى المدة لان مالك الارض يدعي تقليل المدة فيكون القول قوله والبينة بينة العامل واما دعوى زيادة الحصة فهي محمولة على ما سبق اي ذلك العامل او مالك الارض فتكون البينة بينة من لا قول له لان الشرط من حيث انه يحتج بما حاله ولا يتم اطلاق تقديم بينة العامل بل ينبغي ان يقول قدمت بينة الاخر كما صنع غيره او يصرح بالمراد ووجه القول بالقرعة انها لكل امر مشكل ولا يخفى انه لا اشكال هنا فان من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه بمقتضى النص والقول بتقديم بينة المدعى فيهما اقوى **قوله** لو اختلفا فقال الزارع اعرتنيها وانكر المالك وادعى الحصة او الاجرة ولا بينة فالقول قول صاحب الارض وتثبت له اجرة المثل مع يمين الزارع **وقيل**

يستعمل

يستعمل القرعة والاول اشبه **ش** المراد ان القول قول صاحب الارض في عدم الاعارة لا فيما يدعيه لانه منكر لها فيقدم قوله فيها وكذلك القول قول الزارع في عدم المزارعة والاجارة لانه منكر لهما ح فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الاخر ويبقى على الزارع انه انتفع بارض غيره مع عدم ثبوت التبرع فيلزم اجرة المثل لذلك الزرع الى اوان زرعه هذا اذا لم تزد الاجرة عما يدعيه المالك من الحصة او الاجرة المعينة والا ثبت له ما يدعيه خاصة لاعترافه بانه لا يستحق سواه وهذا اذا وقع النزاع بعد الزرع كما نص عليه قوله الزارع وقوله وللزارع تبقية الزرع ولو كان النزاع قبله انتفت العارية والاجارة والمزارعة وليس للعامل ان يزرع بعد ذلك **واعلم** انه اذا كان الواجب للمالك بعد يمينه اقل الامرين مما يدعيه واجرة المثل وكان الاول هو ما يدعيه فلا وجه ليمين الزارع لانه لو اعترف لما يدعيه لم يكن له ازيد منه وكذا لو حلف او رد اليمين وما هذا شانه لا فائدة فيه **نعم** لو كان ما يدعيه ازيد من اجرة المثل اتجهت فائدة يمين الزارع لانها الزائد مما يدعيه المالك عن الاجرة ولعدم تمامها واعترف لزم الزائد والقول بالقرعة هنا ضعيف كالاول **قوله** وللزارع تبقية الزرع الى اوان اخذه لانه ماذون فيه **ش** اي ماذون في زرعه باتفاق الخصمين وانما اختلفا في استحقاق عوض في مقابلته وعدمه فلا يجوز قلعه بغير اذن مالكه **وقد علم** ان الابقاء باجرة لا مجانا لان الاجرة الثابتة من حيث زرعه الى حين اخذه وانما عبر باخذه للتنبيه على ان امره الى الزارع فان شاء اخذه قصيلا وان شاء ابقاه الى اوان حصاده ومهما ابقاه من المدة يلزمه اجرتها خاصة وكان التعبير بالابقاء الى اوان الحصاد اولى من التعبير بالحصاد **قوله** اما لو ادعى غصبها حلف وكان له ازالته والمطالبة باجرة المثل وارش الارض وان عابت وطم الحفر **ش** ما سبق من التحالف انما هو فيما لو ادعى كل منهما عقدا اغير ما يدعيه الاخر اما لو ادعى الزارع الاعارة وانكرها المالك وادعى غصب الارض فالقول قول المالك مع يمينه لاصالة عدم الاعارة وبقاء منافع ارضه على ملكه وعدم خروجها عنه بعارية ولا غيرها فاذا حلف على نفي العارية ثبت وضع الزارع زرعه فيها بغير حق

الحجر

فيتخير المالك بين قلعه ومطالبته باجرة المثل لما مضي من المدة وارش الارض ان نقصت وطم
كما يلزم ذلك الغاصب وان اتفقا على القاية باجرة جاز وفي رواية يحلف العامل على نفي الغصب
وليرد كيمين الغاصب ويترتب باقي الاحكام والحق ما ذكر هنا من ان الحالف المالك على نفي العارية
لا غير قوله للمزارع ان يشارك غيره وان يزارع عليها غيره ولا يتوقف على اذن المالك لكن لو شرط
المالك الزرع بنفسه لم يجز المشاركة الا باذنه لما كانت المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل
منفعة الارض الى ملك العامل بالحصة المخصوصة كان للعامل نقلها الى غيره ومشاركة غيره عليها
لان الناس مسلطون على اموالهم ولا يتوقف ذلك على اذن مالكها اذ لا حق له في المنفعة نعم لا
يجوز له تسليم الارض الا باذن المالك كما سيأتي ان شاء الله في الاجارة واشترط بعضهم في
جواز مزارعة غيره كون البذر منه ليكون تمليك الحصة منوطا به وبه يفرق بينه وبين عامل
المساقاة حيث لا يصح ان يساقي غيره كما سيأتي ولان البذر اذا كان من صاحب الارض فالاصل
انه لا يتسلط عليه الا مالكه او من اذن له وهو الزارع وهو حسن في مزارعة غيره اما المشاركة
فلان المراد بها ان يبيع بعض حصته في الزرع مشاعا بعوض معلوم وهنا لا مانع منه لملكه لها
فيتسلط على بيعها كيف شاء بخلاف المزارعة اذ لا حق له الا العمل وبه يستحق الحصة
مع احتمال الجواز مطلقا لان لزوم عقدها اقتضى تسلطه على العمل بنفسه وغيره وملكه للمنفعة والتصرف
في البذر بالزرع وان لم يكن بنفسه حيث لا يشترط عليه الاختصاص فيجوز نقله الى الغير كما يجوز
الاستنابة ويضعف بان البذر ليس ملكا له وانما هو مأذون في التصرف فيه بالزرع
وبه تملك الحصة وقد يقال ان هذا كاف في جواز مزارعة الغير لانها عبارة عن نقل حقه
في ذلك اليه وتسليطه على العمل فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة بغيره من الوجوه هذا
كله اذا لم يشترط المالك عليه العمل بنفسه والا لم تجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل او بعضه
متعلقا بغيره والمراد ان ذلك يقتضي منع المالك من التصرف في ماله فيكون منافيا للمشروع
لان الناس مسلطون على اموالهم لان ذلك حيث لا يعارضه حق غيره ومع تمام الكلية ضرورة تخلف

في

كما او حر الغلس

في كثير كالرمس والعلس قوله خراج الارض ومؤونتها على صاحبها الا ان يشترط على الزارع
اما خراج الارض فهو على مالكها لانه موضوع عليها وهو مروي وروي ايضا ان السلطان
لو زاد عليه زيادة وطلبها من الزارع وجب على صاحب الارض دفعها اليهم وان سائل وقت
انا لم اظلمهم ولم ازد عليهم قال نعم انما زادوا على ارضك واما المؤونة فذكرها المصنف والعلامة في
بعض كتبه اصلا ولم ينبهوا على المراد منها مع اطلاقهم ان العمل على الزارع او من شرط عليه والظاهر ان
المراد بمؤونة الارض هنا ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر و
الحائط ونصب الابواب ان احتيج اليها واقامة الدولاب وما لا يتكرر كل سنة كما فصلوه في المساقاة
والمراد بالعمل الذي على المزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقي
والآتهما وتنقية النهر من الحماة وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك وبالجملة فكلامهم في هذا المحل
قاصر جدا هذا اذا لم يشترط ذلك على الزارع فان شرط عليه لزم اذا كان القدر معلوما وكذا لو
شرط بعضه معينا او مشاعا مع ضبطه ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب
الارض لان الشرط لم يتناولها ولم تكن معلومة فلا يمكن اشتراطها ولو شرط ذلك او بعضه عليهما
او اخرجه من الاصل والباقي بينهما فهو كما لو شرط المالك نصفه على العامل لانه بمعناه قوله كل
موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة يجب لصاحب الارض اجرة المثل هذا اذا كان البذر من الزارع
ولو كان من صاحب الارض فهو له وعليه للعامل والعوامل والآلات اجرة المثل ولو كان منهما
فالحاصل بينهما على نسبة الاصل ولكل منهما على الاخر اجرة مثل ما يخصه على نسبة ما للاخر من الحصة
فلو كان البذر لهما بالنصف رجع المالك بنصف اجرة ارضه والعامل بنصف اجرة عمله
وعوامله وآلاته وعلى هذا القياس باقي الاقسام ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له وعليه
اجرة مثل الارض وباقي الاعمال والآلات قوله يجوز لصاحب الارض ان يخرص على الزارع
والزارع بالخيار في القبول والرد فان قبل كان استقراره مشروطا بالسلامة فلو تلف الزرع
بآفة سماوية او ارضية لم يكن عليه شيء محل الخرص بعد بلوغ الغلة وهو انعقاد الحب وتخيير الزارع

الصلح

في الزارع وعدمه لاشتهته فيه وعلى تقدير قبوله يتوقف نقله البيع على عقد كغيره من الاموال بلفظ الصلح
او التقبيل على ما ذكره الاصحاب والمشهور ان لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة فان تلفت الغلة
اجمع بآفة من قبل الله تعالى فلا شيء على الزارع ولو تلف البعض سقط بالنسبة ولو اتلفها متلف ضامن
فهي بحالها ويطالب المتقبل المتلف بالعوض ويحكم عموم آفة الارضية لهذا ايضا والحكم بذلك
هو المشهور بين الاصحاب وفي مستنده غير واضح وحكم لا يخلو من اشكال ان لم يكن انعقد عليه الاجماع
وانى لهم به وانما هو شيء ذكره الشيخ رحمه الله في بعض كتبه وتبعه عليه الباقون مع ورود بعض
النصوص ظاهرا على هذه اللوازم ولو كان النقصان بسبب الخطأ في الخرص لم يسقط من المال شيء
عملا بالاصل وهو مروي عن الكاظم عليه السلام مرسلا ولو زاد فالزائد للزارع ملكا عملا بمقتضى العقد
خصوصا اذا جعل صلحا ولو جعل بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه مع احتمال العدم وكيف وقع
فهو عقد لازم يجب الوفاء به وان لحقه تلك الخواص الخارجة عن مقتضى اللزوم وانكر هذه المعاوضة
ابن ادريس وجعلها باطلة لانها ان كانت بيعا فهو محاقلة وان كانت صلحا فهو لازم سلم ام لا ان
كان بعوض مضمون وان كان العوض من الغلة فهو اجل كالبيع وهذا قوي لكن الحصة لكن اثبات اللوازم
المذكورة يحتاج الى دليل وقد تقدم في البيع جملة من بحث المسألة قوله واما المساقاة
فهي معاملة على اصول ثابتة بحصة من ثمرها المساقاة مفاعلة من السقي وهي مشتقة منه دون
باقي الاعمال التي تتوقف على العامل لانه اظهرها وانفعها في اصل الشرعية ولوقوعها بالحجاز التي يحتاج فيها
النخل من الآبار ولانه اكثر مؤونة واشد مشقة من غيره من الاعمال وعرفها ما ذكره المصنف والمعاملة فيها بمنزلة
الجنس يشمل سائر عقود المعاوضات وخرج بالاصول المزارعة وبالثابتة غيرها من الاصول
التي لا تبقى كالخضراوات والودي غير المغروس والمغروس الذي لم يستقل في الارض والمغارسة
وبحصة من ثمرها خرجت الاجرة فانها وان صحت على الاصول الثابتة لكن لا بحصة من الثمرة بل باجرة معلومة
معينة او مضمونة والمراد بالثمرة هنا نماء الشجرة وان لم يكن ثمرة المعهودة ليدخل فيه المساقاة

على

على ما يقصد ورده وورقه ولو قال او ما في حكمها لادخال ذلك استغنينا عن تكلف ادخاله لكن
ان يريد بالثمرة معناها المتعارف وخاصة لترددهم فيما يأتي في جواز المساقاة على ما يقصد
ورقه وبقاء قيد الثابتة بالنخل متعددة فخرج بها الودي والمغارسة دون باقي ما سبق
والاول اضبط قوله وصيغتها الايجاب ان يقول ساقيتك او عاملتك او سلمت اليك
او ما اشبهه لما كانت المساقاة من العقود اللازمة فلا بد فيها من ايجاب وقبول لفظيين دالين
على الرضا الباطني واللفظ الصريح فيها ساقيتك على كذا وفي حكمه عاملتك وسلمت اليك
وعقدت معك عقد المساقاة وقبلت عملها ونحو ذلك من الالفاظ الدالة على الانشاء
الواقعة بلفظ الماضي ويزاد في التذكرة تعهد نخلي بكذا او اعمل فيه بكذا ويشكل بظهوره في نظائره من
عدم صراحة الامر في الانشاء ولا وجه لاخراج هذا العقد اللازم من نظائره وقد يوقف في الامر
في المزارعة بلفظ الامر للاستناد فيها الى النص وهو منتف هنا ولو جرت المعاطاة هنا
بعيد لاشتمال هذا العقد على الغرر وجهالة العوض بخلاف البيع والاجارة فينبغي الاقتصار
فيه على موضع اليقين وترك المصنف ذكر القبول القولي ولا بد منه وهو كل لفظ دال على الرضا بذلك
الايجاب قوله وهي لازمة كالاجارة لا خلاف عندنا في لزوم هذا العقد ولا يبطل الا بما
فسخ الا بالتراضي على وجه الاقالة لعموم الادلة الدالة على لزوم غيره من العقود ونبه المصنف
بقوله كالاجارة على خلاف بعض العامة حيث قال انها جائزة كالمضاربة لاشتراكهما في كونهما عقدا
على جزء من نماء المال فقال المصنف بل هي لازمة كالاجارة لاشتراكهما في كون كل منهما عقد معاوضة
ولعموم الامر بالوفاء بالعقود المقتضي للزوم الا ما اخرجه الدليل قوله ويصح قبل ظهور الثمرة وبعده
تردد والاظهر الجواز بشرط ان يبقى للعامل عمل وان قل مما يستزاد به الثمرة اذا ساقاه
على الشجر والثمرة معدومة ويمكن وجودها فيها عادة صح اجماعا وان كان بعد ظهورها
ولم يبق للعمل فيها مستزاد لم يصح اجماعا وان احتاجت الى عمل كالجداد والحفظ والنقل
ونحو ذلك لا يحتاج ان يكون وقد ملكها صاحب الشجرة ولم يحصل بالمساقاة زيادة فينبغي الفرض الذي

قبلتك

كنفا

اقتضى شرعيتها واما اذا كانت قد ظهرت لكن بقي لها عمل يحصل به زيادة في الثمرة كالسقي والحرث
ورفع اغصان شجرة الكرم على الخشب وتابير ثمرة النخل ففي جوازها وجهان اجودهما الصحة
تحصيلا للملك القابل ولان المقتضي البعد عن الغرر للوثوق بالثمرة فيكون اولى مما لو كانت
معدومة ووجه عدم الجواز ان الثمرة اذا ظهرت تحصل المقصود فصار بمنزلة القراض بعد
ظهور الربح ولان المقصود من المساقاة ظهور الثمرة ونحوه فيقتضي الفائدة عدم الجواز
وحيث لا تصح المساقاة هنا ذلك تصح الاجارة على بقية الاعمال بجزء من الثمرة والجعالة والصلح
قوله ولا تبطل بموت المساقي ولا بموت العامل على الاشبه الاشبه ... الحكم موت كل واحد
منهما فقد قال الشيخ انه لو مات احدهما او ماتا انفسخت المساقاة عندنا كالاجارة و
الاقوى عدم البطلان لان ذلك مقتضى لزوم العقد نعم لو كان قد شرط على العامل العمل
بنفسه بطلت بموته ان كان قبل ظهور الثمرة ولو كان بعده ففيه نظر من سبق ملكه لها
ولا يبطل بموته ومن ان ملكه مشروط باكماله العمل ولم يحصل واطلق جماعة من الاصحاب البطلان
اذا شرط عليه العمل بنفسه وكان ينبغي ان يكون مشتركا فلا يبطل ملكها بالموت ثم ان كان الميت
المالك استمر المالك على عمله وقاسم الوارث وان كان الميت العامل وكانت المساقاة و
اردة على عينه ولم تظهر الثمرة بطلت وان ظهرت ففيه ما مر وان كانت واردة على ذمته قام
وارثه مقامه وليس للمالك منعه ولا اجباره عليه لو امتنع من العمل لان الوارث لا يلزمه
حق لزم المورث الا ما امكن دفعه من التركة والعمل ليس بمال المورث فلا يجب على الوارث كما
لا يؤدي الحقوق من ماله نعم ان خلف العامل تركة تخير الوارث بين العمل وبين الاستيجار
عليه من التركة فان امتنع منهما استأجر الحاكم عليه من التركة فان لم تكن تركة تخير المالك
بين الفسخ والانفاق من ماله بنية الرجوع كما سيأتي تحقيقه فيما لو هرب العامل وانما على العامل
تمكينه او لحيره اذا كان امينا عارفا بما عمل المساقاة والا فله المنع ويبقى الامر كما لو لم يبذل
قوله وهو كل اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه احترز به عن نحو البطيخ والباذنجان

و

والقطن وقصب السكر فان هذه ليست كذلك وان تعددت اللقطات وبقي القطن ازيد من سنة
لان اصول هذه لا بقاء لها غالبا واصحاب الها معلوم عادة فلا عبرة بالنادر منها قوله فتصح
المساقاة على النخل والكرم وشجر الفواكه فعطفه عليهما تعميم بعد التخصيص وهو جائز لكن لو
قدمه او جعلها من امثلته كان اوقع قوله وفيما لا ثمرة له اذا كان له ورق ينتفع به كالتوت
والحناء تردد منشاؤه من هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض على خلاف
الاصل فيقتصر بها على محل الوفاق وهو شجر الثمر ومن ان الورق المقصود كالثمر في المعنى فيكون
مقصود المساقاة حاصلا به وفي بعض الاخبار ما يقتضي دخوله والقول بالجواز لا يخلو من
قوة وعلى مثله ما يقصد زهره كالورد والمراد بالتوت المذكور هنا الذكر وهو الذي لا يقصد
ثمرته اما الانثى المقصود منه الثمرة فجائز والتوت بالتائين المثناتين من فوق وفي لغة
نادرة بالثاء المثلثة اخيرا افرده الجوهري قوله ولو ساقى على ودي او شجر غير ثابت لم
يصح اقتصارا على موضع الوفاق الودي بكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشددة
اخيرا هو دقيق فسيل النخل قبل ان يغرس وفي القاموس انه صغار الفسيل والاتفاق في
عدم جواز المساقاة على غير المغروس منه الا من بعض العامة قوله اما لو ساقاه على ودي
مغروس الى مدة يحمل مثلها فيها غالبا صح ولو لم يحمل فيها وان قصرت المدة المشترطة عن ذلك
غالبا او على السواء لم يصح اما صحته في الاولى وان لم يحمل لان غرض المساقاة الى نحو ظهور الثمرة
وظنه بحسب العادة فاذا حصل المقتضي صح وان لم يحمل كما لو ساقاه على الشجر الكبير
فاتفق عدم ثمرته في المدة فانه يصح ولا اجرة له على جميع العمل لقدومه على ذلك والمعتبر في صحة
المساقاة ظن الثمرة ولو في اخر المدة كما لو ساقاه عليه عشر سنين وكانت الثمرة لا تتوقع الا في
العاشرة صح فيكون الثمرة في مقابلة جميع العمل ولا يقدح خلو باقي السنين فان المعتبر
حصول الثمرة ظنا في مجموع المدة لا في جميع اجزائها كما يظهر ذلك في غيره من الشجر وحيث تقع
باطلة للعلم بالقصور عادة او لاحتمال الامرين فللعامل اجرة المثل مع جهله بالفساد لانه عمل على

لا يخفى ان النخل والكرم من جملة شجرة الفواكه ص
اجماعا ص
الفسيل
فيهما ص

الاقوى واعلم انه قد استفيد من ذلك ان عدم الثمرة غير قادح في صحة المساقاة اذا كان حصولها
مظنونا عادة حين العقد وح فيجب عليه اتمام العمل لو علم بالانقطاع قبله ومثله ما لو تلفت
الثمار كلها او اكلها الجراد او غصبها غاصب فانه في جميع ذلك يجب على العامل اكمال العمل
ولا اجرة له وان تضرر كما يجب على عامل القراض انضاض المال وان ظهر الخسران بل هنا اقوى
للزوم العقد ووجوب العمل ويحتمل في التذكرة انفساخ العقد لو تلفت الثمار باسرها واستشكل
الحكم الاول فارقا بين العاملين بان المباشر للبيع والشرا في القراض العامل فكان عليه انضاض
المال بخلاف عامل المساقاة ويندفع بان المساقاة عقد لازم ولا يؤثر فيه تلف العوض بخلاف
القراض فاذا وجب على عامله مع جوازه وكون تعيين المال باذن المالك فهنا اولى ويمكن ان
يقال ان تلف الثمرة هنا يكون كتلف العوض المعين قبل القبض المقتضي للبطلان في البيع
ونحوه وفيه نظر قوله الثالث المدة ويعتبر فيها ان يكون مقدرة بما لا يحتمل الزيادة
والنقصان وان يكون مقدرة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان مما لا يحصل فيها الثمرة
غالبا المشهور بين الاصحاب اشتراط ضبط المدة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم
الحاج وادراك الغلة وان كانت هي الغاية المعول عليها وقوفا فيما خالف الاصل ولحصول الغرر
والجهالة على موضع اليقين واكتفى ابن الجنيد بتقديرها بالثمرة المساقى عليها نظرا الى انه
بالنسبة الى ثبوته عادة كالمعلوم ولان المقصود منها هو العمل الى كمالها ولان العقد مبني
على الغرر والجهالة ولا يقدحان فيه والاجود الاول وان كان لكلام الاخر وجه واعلم ان الاتفاق
على اشتراط التقدير في الجملة كما قررناه فان تركاها اصلا فسد العقد لا واحدا ولان عقد
المساقاة لازم كما تقدم ولا معنى لوجوب الوفاء به دائما ولا الى مدة غير معلومة ولا شيء واحد
لاستحالة الترجيح من غير مرجح نعم من قال من العامة انها عقد جائز لم يعتبر عنده تعيين
المدة لانتفاء المحذور الذي ذكرناه ولا حد للمدة في جانب القلة الا انه يعتبر فيه حصول الثمرة
وان كان شهرا كما اذا ساقاه في اخر العمل بحيث يبقى ما فيه للثمرة مستزاد وفي جانب

الكثرة

الكثرة عندنا خلافا للشافعي حيث شرط ان لا تزيد على ثلاثين سنة وهو تحكم قوله واطلاق المساقاة
يقتضي قيام العامل بما فيه زيادة الثمرة من الرفق واصلاح الاجاجين الضابط انه يجب على
العامل مع الاطلاق كل عمل يتكرر كل سنة مما فيه صلاح الثمرة او زيادتها ومنه اصلاح الارض
بالحرث والحفر حيث يحتاج اليه وما يتوقف عليه من الالات والعوامل والاجاجين جمع اجانة
بالكسر والتشديد والمراد بها هنا الحفر التي يقف فيها الماء في اصول الشجر التي يحتاج الى
السقي قوله وتهذيب الجريد المراد بتهذيبه قطع ما يحتاج الى قطعه منه كالجريد اليابس
ومثله زيادة الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه من اغصان الشجر المضر بقاؤها بالثمرة او
الاصل سواء كان يابسا ام اخضر فيعرش الكرم حيث تجري عادته به قوله والسقي
وكذا مقدماته المتكررة كالدلو والرشا واصلاح طريق الماء وتنقيتها من الحماة ونحوها
واستقاء الماء وادارة الدولاب وفتح راس الساقية وسدها عند الفراغ على ما يقتضيه
الحاجة قوله وتعديل الثمرة وهو اصلاحها بازالة ما يضر بها من الاغصان والورق
ليصل اليها الهوى او ما يحتاج اليه من الشمس وليتيسر قطعها عند الادراك ووضع الحشيش
ونحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضرة بها ورفعها عن الارض حيث تضر بها
ونحو ذلك قوله واللقاط بفتح اللام وكسرها وهو لقاط الثمرة بمجرى العادة بحسب نوعها
ووقتها فما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له وما يعمل دبسا
فكذلك وما يؤخذ بسرا اذا انتهى الى حاله اخذه وما يؤخذ رطبا كذلك اخذه وقت بيعه قوله
واصلاح موضع التشميس ونقل الثمرة اليه هذا فيما يفتقر الى التشميس وكما يجب اصلاح موضع
التشميس يجب تحري موضع يصلح له عادة ونقلها اليه ووضعها فيه على الوجه المعتبر
وتقليبها في الشمس حيث يحتاج اليه فلو وضعها في غيره فحصل بسببه نقص ضمن قوله
وحفظها اي حفظ الثمرة على اصولها وفي بيدرها وفي طريق ايصالها الى مالكها ان لم يكن
المالك قد تولى ذلك وهل نقلها الى منزل المالك او بيعها او من يقوم مقامه على العامل يحتمله

عنها
التشميس
تقليبها

لانه على التبرع ما اخذت حتى يؤدي وعدمه لانه ليس من اعمال الثمرة وانما هو قبضها فلا يجب عليه كالركن
والصنا نطا انه يجب عليه العمل الى وقت القسمة فلو اخل بشيء مما يجب عليه بالشرط تخير المالك بين فسخ
العقد والزامه باجرة مثل العمل فان فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له وان كان بعده فله الاجرة سواء كان
قبل ظهور الثمرة ام بعده قضية للشرط اما ما يجب عليه مع الاطلاق فالظاهر انه كذلك قبل ظهور الثمرة
اما بعده ففيه نظر ولو ليس بعيد الجواز ولو حصل على الاصل نقص بسبب التقصير لزمه الارش
والظاهر ان الثمرة كذلك **قوله** وعلى صاحب الاصل بناء الجدران هنا نظما يجب عليه مما لا يتكرر
كل سنة عادة وان عرض له في بعض الاحوال ان يتكرر وهي الامور التي ذكرها منها ولا فرق في بناء
الحائط بين جميعه وبعضه في حكم وضع الشوك ونحوه على رأسه قاله في التذكرة ويشكل لو كان
مما يتكرر كل سنة عادة طرداً للضابط **قوله** وعمل ما يستقى به من دولاب او دالية الضابط
انه يجب عليه من الالات التي ما لا يتكرر غالباً في كل سنة كالدولاب والدالية ونحو ذلك وفي الحاق
ثور الدولاب به او بغير الجزء وجهان اما ما يتكرر غالباً كالدلو والرشا فهو على العامل خلافاً لابن ادريس
حيث اوجب الجميع على العامل **قوله** وانشاء النهر وكذا الابار الجديدة والتي انهارت دون اصلاحها
وتنقيتها من الحماة ونحوها كما مر **قوله** والكش للتلقيح وقيل يلزم ذلك العامل وهو حسن القول
بوجوب الكش على المالك للاكثر لانه ليس من العمل وانما هو من الاعيان التي تصرف في مصلحة الثمرة
والاصالة البراءة من وجوبه على العامل والقول بوجوبه على الابن ادريس لانه مما يتم به نما الثمرة
وصلاحها والاجبان عليه والاولى الرجوع فيه الى العادة ومع عدم اطرادها في شيء فالاقوى
التعيين **و**مثله الحمرة الذي يعمل للكرم والزفت لعمل الزبيب وتسهيل الارض حسب يحتاج
اليه وفي التذكرة ان شراء الزبل واجرة نقله على رب المال لانه ليس من العمل فجرى مجرى ما
يلقح به وتفريقه ذلك على الارض على العامل كالتلقيح وهذا التفصيل مبني على وجوب الكش
على المالك كما استقر به تحليل والا فهو محل الاشكال كالاصل الذي الحق به **قوله** ولو شرط
شيئاً من ذلك على العامل صح لعدم ان يكون معلوماً للتسمية على وجه لا يحتمل الغرر وكذا لو شرط
بعضه

بعضه بطريق اولى ولو شرط ما يجب على العامل على المالك فان كان جميعه بطل لما ذكره المصنف ان
الحصة انما يستحقها العامل بالعمل فاذا رفعه عنه لم يستحق شيئاً وان ابقى شيئاً فيه مستزاد الثمرة
صح وجعلت الحصة مقابلة للاصل وعموم المؤمنون عند شروطهم ولا فرق بين ان يبقى عليه
الاكثر او الاقل عندنا ولو ابقى العامل ما يحصل به مستزاد الثمرة كالحفظ لم يصح ايضاً لمنافاة
وضع المساقاة وقد بقي من العمل ذلك نعم لو جعل ذلك بلفظ الاجارة مع ضبط المدة صح **قوله**
ولو شرط ان يعمل غلام المالك معه جاز لانه ضم مال الى مال اشار بالتعليل الى جواب بعض العامة
المانع من ذلك محتجاً بان يده كيده وكعمله فكما لا يجوز اشتراط عمل المالك فكذا غلامه المملوك
ولانه مخالف لوضع المساقاة وهو ان يكون من المالك المال ومن العامل العمل وحاصل
الجواب ان عمل غلام المالك مال له فهو ضم مال الى مال كما يجوز في القراض ان يدفع الى العامل
بهيمة يحمل عليها والفرق بين الغلام وسيده ظاهر فان عمل العبد يجوز تابعاً لعمل العامل
ولا يجوز ان يكون عمل المالك تابعاً لعمله لانه هو الاصل ويجوز في التابع ما لا يجوز في المنفرد
مع انا نمنع حكم الاصل فانا قد جوزنا ان يشترط على المالك اكثر العمل **قوله** اما لو شرط ان يعمل
الغلام لخاص العامل لم يجز وفيه تردد والجواز اشبه المراد بالشرط هنا ان يعمل الغلام في
المملوك بالعامل والعمل المختص به اي الخارج عن المال المشترك بعينه وبين مولاه جائز في
المختص ووجه المنع الموجب للتردد او لانه شرط عملاً في مقابلة عمله فصار في قوة جميع
جميع العمل على المالك وفساده ظاهر والمعروف ان المانع من ذلك الشافعي لكن المصنف و
العلامة ذكر المسألة على وجه يشعر بالخلاف عندنا وقد يكرر هذا منهما في مواضع كثيرة
قوله وكذا لو شرط عليه اجرة الاجراء او شرط خروج اجرتهم منهما شرط العامل على
المالك اجرة الاجراء يجري على وجهين احدهما انه يشترط عليه اجرة ما يحتاج العامل من الاجراء
مما لا يقدر على مباشرته او لا يعتاد بها ونحو ذلك بحيث يكون نفسه عمل في الجملة فيه مستزاد
الثمرة وجواز هذا القسم واضح نعم ما ثبت من جواز اشتراط بعض العمل على المالك لكن شيء

هنا ضبط ما يشترط من ذلك بحيث لا يمنع الغرر وكذا لو شرط ذلك عليهما بطريق اولى وهذا القسم
خالف فيه الشيخ رحمه الله فمنع من اشتراط اجرة الاجراء الذي يستعان بهم لانه موضع المساقاة
ان يكون من رب المال المال ومن العامل العمل وبالشرط المذكور يكون من رب المال المال والعمل
معاً وكذا منع من اشتراط شيء مما على العامل على المالك مطلقاً وكما قوي الجواز فيهما والثاني
ان يشترط العامل على المالك ان يستأجر باجرته على جميع العمل ولا يبقى له الا الاستعمال والثمرة وفي
صحة هذا الشرط وجهان احدهما الجواز لان ذلك عمل يدعو الحاجة اليه فان المالك قد لا
يهتدي الى الدهقنة واستعمال الاجراء ولا يجد من يباشر الاعمال او يأمنه فتدعو الحاجة الى
ان يستعين من يعرف ذلك لينوب عنه في الاستعمال وثانيهما المنع فان مثل ذلك يسمى عملاً
من اعمال المساقاة الذي هو شرط في صحتها فان المتبادر من اعمالها خلاف ذلك والعقود
انما يكون بتوقيف الشارع خصوصاً في مثل هذا العقد الذي هو على خلاف الاصل اذا
تقرر ذلك فقوله المصنف وكذا لو شرط يحتمل كونه معطوفاً على الحكم بالجواز فيكون اشارة
الى القسم الاول مع امكان ان يريد الثاني ايضاً ويمكن ان يكون عطفه على التردد فيكون
اشارة الى القسم الثاني مع امكان ان يريد الاول ايضاً ولعل ذلك لان الاول موضع جواز
مع احتمال المنع والثاني موضع تردد مع احتمال الجواز **قوله** وكذا لو شرط احدهما الانفراد بالثمرة
لم تصح المساقاة لمخالفته لمقتضاها لانها شرعت للتشريك بينهما في الثمرة فاذا شرطت لاحدهما
بطلت لكن يختلف الحكم فان شرطها لكل واحد منهما والثمرة باجمعها للمالك وعليه للعامل اجرة
المثل لعمله على العمل بالعوض فاذا لم يسلم له المشروط رجع الى اجرة عمله اما اذا شرطت
للمالك فقد دخل العامل على التبرع بالعمل فالاقوى انه لا اجرة له لانه المتبرع لا اجرة له ولا
كما تقدم مثله في القراض ووجه احتمال استحقاقه الاجرة ان المساقاة تقتضي العوض في
الجملة فلا يسقط بالرضا بدونه وهو ضعيف **قوله** وكذا لو شرط احدهما شيئاً معيناً وما زاد
بينهما وكذا لو قدر لنفسه ارطالاً وثمرة نخلات بعينها الوجه في جميع ذلك منافاته لموضوع المساقاة

فانهما

فانها مبنية على الاشتراك في الثمرة على سبيل الشياع كما دل عليه النص وفعل النبي صلى الله عليه وآله
ولانه ربما لا يحصل الا ذلك القدر المعين فلا يكون للآخر شيء **قوله** ويجوز ان يفرد كل نوع
بحصة اذا كان العامل عالماً بمقدار كل نوع لان الغرض يختص حصة معلومة كيف كان
فلو لم يعلم مقدار احد الانواع لم يصح لجهالة الحصة فان المشروط فيه اقل الجزئين قد يكون
الكثير الجنسين فيحصل الغرر **قوله** ولو شرط مع الحصة من النماء حصة من الاصل الثابت لم
يصح لان مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة وفيه تردد وجه الفساد مما ذكره
ان الحصة من الاصول تدخل في ملكه فلا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعاً في ملك المالك
ولا ولحيا بالعمل اذ لا يعقل ان يشترط عليه العمل في ملك نفسه ومن عموم الامر بالوفاء بالعقود
المؤمنون عند شروطهم وان ذلك يجري مجرى اشتراط شيء من ذهب او فضة
وهو جائز وان كره والقول بالمنع اوجه **قوله** ولو ساقاه بالنصف ان سقي بالناضح
وبالثلث ان سقي بالسائح بطلت المساقاة لان الحصة لم تتعين وفيه تردد وجه
البطلان واضح لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو مثل بعتك بدينار مؤجلاً
وبنصفه حالاً ومحتمل الصحة ذلك التعيين الحصة على التقديرين كما في الاجارة اذا قال
ان خطته رومياً فلك كذا او ان خطته فارسياً فلك كذا ومن ذلك يظهر منشأ التردد
والاقوى البطلان ومسألة الاجارة ان ثبتت فهي خارجة بدليل خارج **قوله** ويكره
ان يشترط رب الارض على العامل شيئاً من ذهب او فضة لكن يجب الوفاء بالشرط
ولو تلفت الثمرة لم يلزم اما صحة ذلك فلعموم المؤمنون عند شروطهم وهذا شرط
زائد واما الكراهة فالمشهور بين الاصحاب لا نعلم بينهم خلافاً في ذلك والعامة اطبقوا
على منعه وابطلوا به المساقاة واما اذا تلفت الثمرة اجمع فعلله اذا لم يخرج فوجه سقوط
المشروط انه لولاه لكان اكل مال بالباطل فان العامل قد عمل ولم يحصل له عوض فلا
اقل من خروجه رأساً برأس نعم لو كان الشرط للعامل على رب الارض اتجه عدم سقوطه

لأن العوض من قبل العامل وهو العمل قد حصل والشرط قد وجب بالعقد فلا وجه لسقوطه رأساً
وقيل لمساواته الأول وهو ضعيف ولو كان التلف في الصورة الأولى البعض خاصة فالأقوى
عدم سقوط شيء من المشروط لأصالة العدم ولأن المعتبر حصول عوض العمل ولا اعتبار بكثرته و
قلته ومن ثم لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة أو أكثرها ويحتمل أن يسقط منه بالنسبة
نظراً إلى مقابلة الأجزاء بالأجزاء حيث قوبلت الجملة بالجملة وضعفه ظاهر قوله كل موضع تفسد
المساقاة فللعامل أجرة المثل والثمرة لصاحب الأصل أما كون الثمرة لصاحب الأصل فظاهر
لأنها نماء ملكه ولم يحصل ما يوجب نقلها عنه وأما وجوب أجرة المثل للعامل فلأنه لم يتبرع
بعمله ولم يحصل له العوض المشروط فيرجع إلى الأجرة ويجب تقييده بما إذا كان جاهلاً بالفساد
ولم يكن الفساد باشتراط جميع الثمرة للمالك إذ لو كان عالماً به لكان متبرعاً بالعمل لأنه بذله
في مقابلة ما يعلم أنه لا يحصل وأما مع اشتراط جميع الثمرة للمالك فلدخوله على أن لا شيء له
وإن كان جاهلاً وقد تقدم مثله لا يقال إن إيقاع العقد يقتضي أمر المالك له بالعمل
فيلزمه الأجرة مطلقاً لأنه عمل له أجرة عادة والعامل ناصب نفسه للأجرة فتثبت كما سيأتي
إن شاء الله لأنا نقول أمر المالك له بالعمل ليس مطلقاً حتى يلزمه الأجرة كما هو
المفروض في القاعدة وإنما أمره بعوض مخصوص وهو الجزء من الثمرة مع علم العامل
بعدم حصول ذلك بسبب الفساد فيكون كالمأمور بالعمل بغير أجرة فإنه لا يستحق شيئاً
ومثله المأمور بالعمل مع كون الثمرة بأسرها له لأن اللازم بهذه الإذن وحاصلها التبرع
على العامل بعمل يبقى في المسألة بحث آخر وهو أنه مع جهله بالفساد وكونه ليس من جهة
ما يقتضي عدم العوض ينبغي على ما قررناه أن يثبت للعامل أقل الأمرين من الحصة
المشترطة وأجرة المثل لأن الأول إن كان هو الأجرة فظاهر لأن فساد العقد أسقط
الحصة فيرجع إلى الأجرة وإن كان الأقل هو الحصة فالعامل قد قدم على أن لا يكون له سواها
في مقابلة عمله حتى لو كانت في مقابلة عشر العمل لكان مسقطاً للزائد فيكون متبرعاً بالزائد على

هذا

هذا التقدير كالمتبرع به على تقدير اشتراط جميع الثمرة للمالك وعلى تقدير علمه بالفساد ويمكن الجواب
بالفرق بين الموضعين فإنه على هذا التقدير لم يقدم على التبرع بعمله أصلاً بل كما يحتمل أن تكون
الحصة قاصرة عن مقابلة العمل يحتمل مساواتها له وزيادتها عليه أضعافاً مضاعفة فهو قادم
على عمل بعوض محتمل للزيادة والنقصان فليس متبرعاً به مطلقاً وإن احتمل قصوره
في بعض الأحوال بخلاف العالم وشرط جميع الحصة للمالك فإنه قادم في الابتداء على
التبرع المحض على كل تقدير وبهذا الفرق لا بأس به وإن كان زعماً فمقتضاه البحث متوجهاً أيضاً
وأكثر الأصحاب أطلقوا وجوب أجرة المثل مع الفساد وفيه تردد قوله إذا استأجر أجيراً
للعمل بحصة منها فإن كان بعد بدو صلاحها جاز وإن كان قبل ظهورها لم يجز وقبل بدو صلاحها
بشرط القطع صح أن يستأجره بالثمرة أجمع ولو استأجره ببعضها قيل لا يصح لتعذر التسليم والوجه
الجواز إذا استأجر على العمل بجزء من الثمرة فإن كان قبل ظهورها لم يجز قولاً واحداً لأن عوض
الإجارة يشترط فيه الوجود والمعلومية كعوض البيع وهما منتفيان هنا بخلاف عوض المساقاة
فإنها جوزت كذلك وخرجت عن الأصل بالنص والإجماع ولمساس الحاجة وإن كانت
موجودة وكان قبل بدو صلاحها بني على جواز نقلها بالبيع مطلقاً أو بشرط القطع وقد تقدم
أن الأقوى الجواز مطلقاً فيصح هنا كذلك واشتراط المصنف هنا شرط القطع مبني على مذهبه في
البيع وكان عليه أن يضم الضميمة أيضاً فإنه يكتفي بها في البيع عن شرط القطع ولكنه هنا كذلك
ولعله اكتفى بالإشارة إليه وبما في الحكم إجمالاً ويتفرع على ذلك ما لو كان الاستيجار ببعضها
فإنه ينبغي عدم الجواز لأنها تصير حينئذ مشتركة والشركة تمنع من شرط القطع ولتعذر التسليم
لتوقفه على إذن الشريك وقد لا يحصل والأصح الجواز لإمكان القطع والتسليم بالإذن كما
في كل مشترك ولو فرض امتناع الشريك يمكن بإذن الحاكم ولو كان الاستيجار بجميع الثمرة فلا
إشكال لانتفاء المانع ومع الاكتفاء بالضميمة عن اشتراط القطع يندفع ذلك كله وحيث لم
يعتبرهما فلا إشكال في الموضعين قوله إذا قال ساقيتك على هذا البستان بكذا على

قاة
اليه

أن أساقيك على الآخر بكذا قيل يبطل والجواز أشبه القول بالبطلان للشيخ رحمه الله محتجاً عليه
بأنه بيعتان في بيعة فإنه ما رضي أن يعطيه من هذه الحصة إلا بأن يرضى منه الآخر بالحصة الأخرى
وهكذا في البيع إذا قال بعتك عبدي بهذا الألف على أن تبيعني عبدك بخمسمائة فالكل باطل
لأن قوله على أن تبيعني عبدك إنما هو وعد لا يلزم الوفاء به ولأنه قد نقص الثمن لأجله فإذا
بطل ذلك رد إلى الثمن ما نقص منه وهو مجهول فيجهل الثمن قال وبهذا أفارق ما إذا قال
ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا أو الثلث من هذا لأنها صفقة واحدة كما لو قال
بعتك كذا أو بعتك كذا إلا أن الأول بيعتان والثاني عقد واحد وابن الجنيد عكس الحكم فقال لا أختار أن تقع
المساقاة صفقة على قطع متفرقة بعضها أسوأ حملاً من بعض إلا أن يعقد لكل منها شرطاً في العقد
العقد على الأخرى والأقوى صحة الجميع ومنع الجهالة التي ادعاها الشيخ لعموم الأمر بالوفاء بالعقود
وما يتضمنه من الشرط كالجزء منه ووجوب الوفاء بالشرط ولو فرض عدم الوفاء لا يقتضي ذلك
رد الناقص من الثمن كما ادعاه بل يتسلط المشروط له على الفسخ كما في الإخلال بغيره من الشروط
وأما ابن الجنيد فلم يذكر على مدعاه دليلاً ومقتضى الأصل جواز الأمرين معاً قوله لو كانت
الأصول لاثنين فقالا لواحد ساقيناك على أن لك من حصة فلان النصف ومن حصة
الآخر الثلث صح بشرط أن يكون عالماً بنصيب كل واحد ولو كان جاهلاً بطلت لتجهل الحصة
إذا تعدد المالك واتحد العامل والعقد صحت المساقاة مع تساويهما في الحصة المجعولة كالنصف
والثلث سواء علم حصة كل واحد منهما أم لا لأن حصته معلومة من المجموع والمجموع معلوم ولا ضرورة
إلى العلم بقدر حصة كل منهما وإن اختلفا في الملك لئلا يتجزأ حصته من الثمار لأنه حينئذ بمنزلة عقدين
ولا فرق على تقدير العلم بحق كل واحد بين كون اثنين والزائد عليهما فلو كان بستان واحد بين ثلاثة
بالسوية فساقوا عليه واحداً يعلم بقدر النصيب على أن له من نصيب واحد النصف ومن نصيب
الثاني الربع ومن الثالث الثمن صح وتصح مسألتهم من أربعة وعشرين مخرج السهام في عدد
الشركاء لكل واحد منهم ثمانية فللعامل من حصة الأول أربعة ومن الثاني اثنان ومن الثالث واحد

والباقي

واحدة صح

فلا بد من معرفة العامل بمقدار حصة كل منهما صح

والباقي لهم على التفاوت المقرر ولو كان البستان لستة أملاكهم بالسوية فساقوا عليه واحداً
على أن له من نصيب واحد النصف ومن نصيب الثاني الربع ومن الثالث الثمن ومن الرابع الثلثين
ومن الخامس الثلث ومن السادس السدس صح وتصح مسألتهم من مائة وأربعة وأربعين لكل واحد
منهم أربعة وعشرون فللعامل ممن شرط له النصف اثنا عشر ومن الثاني ستة ومن الثالث
ثلاثة ومن الرابع ستة عشر ومن الخامس ثمانية ومن السادس أربعة فيجتمع له تسعة وأربعون
وللملاك خمسة وتسعون يتفاوتون فيها على ما تقرر وطريق بلوغها ذلك أن مخارج الثلاثة
الأول متداخلة يكفي فيها مخرج الثمن ومخارج الثلاثة الأخيرة متداخلة يكتفى فيها بمخرج
السدس فيبقى ستة وثمانية وبينهما موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في الآخر ثم
تضرب المرتفع وهو أربعة وعشرون في عدد الشركاء وقس على هذا ما شئت من فروض
المسألة ذكرناها ههنا للتقريب قوله إذا هرب العامل لم تبطل المساقاة فإن
بذل عنه العمل باذل أو دفع إليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه فلا خيار وإن تعذر ذلك
كان له الفسخ لما كانت المساقاة من العقود اللازمة لم تنفسخ بمجرد هرب العامل ولا يتسلط
المالك على فسخها كما لا يملك فسخها بامتناعه من العمل بغير هرب ثم إن تبرع المالك أو غيره
عليه بالعمل أو مؤنته بقي استحقاقه بحاله وإن رفع المالك أمره إلى الحاكم إن وجده وثبتت عنده
المساقاة فيبعث الحاكم في طلبه فإن وجده أجبره على العمل وإن لم يجده ووجد له مالاً استأجر
منه من يتم العمل لأنه مستحق عليه فإن لم يجد له مالاً أنفق من بيت المال ولو قرضاً إن كان فيه
سعة وإن لم ينفق اقترض عليه الحاكم أو استأجر بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة ولو
تعذر جميع ذلك إما لعدم من يعمل ذلك الحاكم أو لعدم إمكان إثبات العقد عنده أو لعدم
تسلطه أو لفقده تخير المالك بين فسخ المساقاة دفعاً للضرر وإبقائها فإن فسخ صارت
الثمرة له وعليه أجرة مثل عمله قبل الهرب لأنه عمل محترم صدر بإذن المالك في مقابلة عوض
وقد فات بالفسخ فيجب قيمته وهو الأجرة لكن إنما يفسخ إذا كان ذلك قبل ظهور الثمرة أو بعده

فله

اذا لم يمكن بعضها او بعضها للاتفاق على العمل او لم يتبرع وكانا عملا او بعضهما ان امكن الاجبار به وانفق
ولا فسخ لمن والى الصبر ولم يوجبه لعدم البعض مع الاكتفاء به في العمل لا الجميع وحفظ الباقي
للعامل وان لم يفسخ والحال انه قد تعذر اذن الحاكم والمتبرع انفق بنية الرجوع ورجع على الآخر
قوله ولو لم يفسخ وتعذر الوصول الى الحاكم كان له ان يشهد انه استأجر عنه ويرجع عليه على تردد
ولو لم يشهد لم يرجع الاولى ان يراد بتعذر الوصول الى الحاكم تعذر الوصول الى اذنه كما فعلنا
سواء كان موجودا ام لم يمكن استئذانه لعدم امكان اثبات الحق عنده ام لغير ذلك وفي حكم
تعذره بعده عنه بحيث يتوقف الوصول اليه على مشقة كثيرة وحرج فهل له ان يشهد ويرجع تردد
المص في ذلك من لزوم الضرر بدونه وهو منفي بالآية والخبر ومن اصالة عدم التسلط على
مال الغير وثبوت شيء في ذمته بغير امره ومن يقوم مقامه ولا قوة الرجوع مع نيته ومقتضى
قوله ولو لم يشهد لم يرجع انه على تقدير القول بجواز الرجوع مع الاشهاد لو لم يشهد لم يرجع
سواء امكنه الاشهاد ام لم يمكن لانه شرط في جواز الرجوع كاذن الحاكم فينتفي بدونه وهذا احد
الاقوال في المسألة والثاني انه يرجع مع تعذر الاشهاد لا مع امكانه كما في اذن الحاكم دفعا للضرر
والحرج والثالث انه يرجع مع نيته مطلقا وهو الاقوى اذ لا مدخل لشهادة الشاهدين
في التسلط على مال الغير واثبات شيء في ذمته ولا ولاية لهما على العامل وانما فائدتهما التمكن
من اثبات الحق وهو امر آخر والمقتضي لعدم الرجوع هو نية التبرع او عدم نية الرجوع ولا مع
عدم الاشتراط فعلى هذا يثبت حقه في ذمته ولا ولاية لهما على العامل وانما فائدتهما التمكن
في اثبات الحق وهو امر آخر والمقتضي لعدم الرجوع هو نية التبرع او عدم نية الرجوع ولا مع
عدم الاشتراط فعلى هذا يثبت حقه في ذمته فيما بينه وبين الله تعالى ويحتمل قويا قبول
قوله مع يمينه لان الاصل ان الانسان لا يتبرع بعمل يحصل فيه غرض لغيره قوله اذا ادعى ان
العامل خان او سرق او اتلف او فرط فتلف فانكر فالقول قوله مع يمينه اي القول قول العامل
في ذلك كله لانه امين ونائب عن المالك في حفظ حصته كعامل القراض والاصل عدم ذلك كله

قال

قال في التذكرة وانما تسمع دعوى المالك في ذلك كله اذا حرر الدعوى وبين قدر ما خان فيه فلو قال
العامل خنت لم يسمع ان لم يكن يتبين هنا بناء منه على ان الدعوى المجهولة لا تسمع مع ان مذهبه في
باب القضاء سماع الدعوى المجهولة ولو قلنا بسماعها كما هو الاجود كفى في توجه الدعوى مجرد
دعوى احد هذه الامور من غير احتياج الى بيان المقدار وهذه قاعدة بابها اليق فلا وجه
لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى قوله ولو ثبتت الخيانة هل ترفع يده او يستأجر
من يكون معه من اصل الثمرة الوجه انه لا ترفع يده عن حصته من الربح وللمالك رفع يده عما عداه
الوجه وجيه لان الناس مسلطون على اموالهم ولا وجه لرفع يد المالك عن ماله
ووجه الرفع ان اثبات يده على حصته تستدعي اثباتها على حصة المالك وذلك غير جائز
لما يتوقف عليه المالك وجوابه هو رفع يده عن حصته وضعفه ظاهر وفيه ترجيح للحق الخفي
بلا مرجح وكذلك الاستيجار من يكون معه من الاصل فان ذلك حقه فلا يقع بدون اذنه غايته
ان المالك اذا لم يرض باستيمانه ضم اليه من يشاء يكون امينا على حصته نعم لو لم يمكن حفظه مع
الحافظ توجه رفع يده عن الثمرة اجمع واخراج اجرة العامل من البين لان العمل الواجب عليه
وقد تعذر فعله بنفسه فيكون كما لو هرب ويحتمل ما وانما الاول لمنع تعذر العمل من
جهته بمجرد خيانته قوله ولو ضم المالك امينا كانت اجرته على المالك خاصة لانه نائبه
والقائم مقامه في حفظ ماله وعمله لمصالحه والعامل انما يجب عليه العمل وهو باذل له
لا ترفع ذلك وخالف فيه بعض العامة فجعلها على العامل لان مؤنة الحفظ عليه وهو
ضعيف لانه باذل للحفظ قوله اذا ساقاه على اصول فبانت مستحقة بطلت المساقاة
والثمرة للمستحق وللعامل الاجرة على المساقي لا على المستحق اما كون الثمرة للمستحق فظاهر
لانها نماء ملكه ولم ينتقل عنه بوجه وسيأتي تتمة ذلك فيما اذا لم يجز المساقاة لان
الغاصب لا يقصر عن كونه فضوليا والمتجه ان مثل ذلك لا يتصور فيه اجازة
المساقاة مع وقوع العمل له بغير عوض فكيف يرضى برفع العوض وهو الحصة مع شمولها

له مجانا لان هذا الاستبعاد انما يتم لو كان الظهور بعد تمام العمل والمسألة مفروضة فيما هو
اعم منه فيمكن ان يبقى من العمل ما يؤثر المستحق معه دفع الحصة في مقابلة الباقي لان الاعراض
لا تنضبط واما ثبوت اجرة العامل على المساقي فلانه استدعى عمله في مقابلة عوض ولم يسلم
له فلم يدخل متبرعا في الحصة فبانت مستحقة اشار بقوله الى ان العامل جاهل بالاستحقاق
فلو كان عالما لم يرجع على المالك بشيء كما اسلفناه والفرق بين ظهور استحقاق الثمرة وبين هلاكها
او سرقتها حيث تثبت الاجرة للعامل في الاول دون الثاني ان الاستحقاق يوجب فساد العقد
حيث لم يجزه المالك وفساد العقد يوجب الرجوع الى الاجرة على ما فصل بخلاف هلاك الثمرة
وسرقتها وما شاكلهما فان العقد معه صحيح فلا يستحق العامل سوى الحصة وان فاتت لان
ذلك مقتضى عقد المساقاة على تقدير صحته قوله ولو اقتسما الثمرة وتلفت كان للمالك
الرجوع على الغاصب بدرك الجميع ويرجع الغاصب على العامل بما حصل له وللعامل على الغاصب
اجرة عمله او يرجع على كل واحد منهما بما حصل له وقيل له الرجوع على العامل بالجميع ان شاء
لان يده عادية والاول اشبه الا ان يقدر ان يكون العامل عالما به اذا ظهر استحقاق الاصول
بعد ظهور الثمرة فلا يخلو اما ان تكون باقية او تالفة وتلفها اما ان يكون في يد العامل او لا
على وجه لضمن لو كان مالكا وعالما او لا معه بعد القسمة او قبلها مع علم كل منهما بكونها
مستحقة للغير او لا معه ومع ادعاء المالك الملك وتسليم العامل له ذلك قطعا
او عملا بالظاهر او لا معه فهذه خلاصة اقسام المسألة التي يختلف الحكم باختلافها
واما احكامها فنقول ان كانت الثمرة باقية وجب ردها على مالكها الذي قد ثبت
ظاهرا لانها عين ماله ومع تلفها فان كانت بعد القسمة وتلف كل حصة في يد المستولي
عليها تخير المالك في الرجوع على كل منهما بالجميع والبعض لان كل واحد منهما غاصب للجميع وقد وضع
يده عليها فان رجع على الغاصب بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بنصف الثمرة التي

استهلكت

استهلكت لانه لم يملكها العامل لفساد العقد ظاهرا وقد اخذ المالك عوضها من الغاصب فكانت
جعالة لخروجها عن ملك المالك باخذ عوضها من الغاصب فلا يجمع بين العوض والمعوض
للمالك على الغاصب الاجرة هذا اذا لم يصرح الغاصب بكونه مالكا والا لم يكن له الرجوع على العامل
لشيء لاستلزام دعواه ان لا حق له على العامل لانه اخذ الحصة باستحقاق والمالك ظالم باخذ
العوض منه فلا يرجع على غير ظالمه وكذلك ثبوت اجرة المثل للعامل مقيد بما اذا لم يصرح بالملكية للمساقي
فان ذلك يستلزم دعوى كون المدعي مبطلا والبينة كاذبة وانه لا حق له الا الحصة نعم
لو كان اعترافه مبنيا على ظاهر اليد قبل رجوعه وان رجع على العامل بالجميع بناء على انه
قد اثبت يده على جميع الثمرة فاستحق المالك الرجوع عليه رجع العامل على الغاصب بنصف
الثمرة التي اتلفها وباجرة عمله ومع علمه لا يرجع باجرة بل بحصة الغاصب خاصة لقرار الضمان
على من تلفت في يده فلما لرجوع يعني اول الامرين حيث يرجع العامل على الغاصب باجرة مثل
لا غير مع جهله ولو كان الجميع قد تلف في يد العامل فضمان حصته عليه واما حصة الغاصب
فان يده عليها يد امانة بزعم المالك لانه امينه فاذا ظهر كونه ضامنا رجع على الغاصب بعوض
ولو تلف الجميع في يد الغاصب نظر هل كانت يده عليها يد امانة او يد ضمان فيترتب
على كل منهما مقتضاه قوله اذا تقرر ذلك فقد اختار المص ان المالك ليس له
الرجوع على العامل بالجميع لعدم حكاية القول بجوازه ووجه ما اختاره ان العامل لا تثبت يده
على الثمرة بالعمل وانما هو مراع لها وحافظ ونائب عن المساقي فلا يضمن الا ما حصل في يده حقيقة
لو تلفت الثمرة باسرها بغير فعله قبل القسمة او غصبت لم يضمن لان يده لم تثبت عليه
بل يد المالك مستدامة حكما والاقوى ما اخترناه من جواز الرجوع عليه بالجميع لان يده على
جميع الثمرة وان كانت بالنيابة واستدامة يد المساقي لا تدفع يده قوله ليس للعامل ان
يساقي غيره لان المساقاة انما تصح على اصل مملوك للمساقي والاصل في هذه المعاملة ان
تقع على الاصول المملوكة للمساقي والعامل لا يملك منها سوى الحصة من الثمرة بعد ظهورها كما قد

علم من تعريفها وبقية احكامها ومن ثم لم يجز للعامل ان يساقي غيره بخلاف المزارعة فان تعيناه في
الاصل على المعاملة على الارض بحصة من حاصلها وباقي اللوازم الاصل فيها ان تكون على العامل
اذ لا يقتضي تعريفها المعاملة على الارض ابعد من ذلك ولما كان المقصود بالذات في المعاملتين
هو الحاصل وكان من مقصوده بالعرض كان لعامل المزارعة ان يزارع غيره لان البذر الذي
يتفرع منه الحاصل منه فكان البذر في ذلك كالاصول في المساقاة فيعامل عليه من يملكه
بخلاف المساقاة فان عمل الاصول مقصود بالذات لمالكها ايضا كالثمرة فلا يجوز ان يعامل
عليها بغير اذنه لاختلاف الناس في العمل وتفاوت الاغراض فيه ويعلم من هنا ان البذر
لو كان من رب الارض لم يجز مزارعة غيره وقد تقدمت الاشارة اليه وربما اشكل
الحكم فيما لو ظهرت الثمرة وبقي فيها عمل يحصل به زيادة فيها فان المساقاة حينئذ جائزة
والعامل بنصيبه شريك فيها فيتسلط عليها بالعقد كتسلط المزارع على الارض وكلاهما
مقصود بالعرض والمقصود بالذات هو الثمرة وهي مملوكة للعامل لانا اذا ساقى حينئذ يحصل
الحصة الا انما على اذ ليس له التصرف في مال المالك وعمله متعين عليه فان قيل ان العامل لا
يكون الا على الاصول كما قد علم وليست مملوكة فلا ينفعه ملك النماء قلنا وكذلك العامل
في المزارعة انما هو على الارض وهي ليست مملوكة وتسلطه على البذر كتسلطه على الثمرة هنا
اذ لا ينتقل منها الا ما هو ملكه وربما قيل بان ملك الارض ليس بشرط في صحة المزارعة بل يكفي فيها
اشتراكهما في باقي الثلاثة التي يحصل بها البذر وهي الزرع والعمل والعوامل وعلى هذا الفرق
سهل لان متعلق المساقاة الاصول فيتعين مالكها ومتعلق المزارعة البذر فيتعين من
مالكه خاصة الا انا قد بينا سابقا ان ملك الارض معتبر في صحتها بل حقيقتها شرعا
ليست الا المعاملة عليها على الوجه المذكور ومع ذلك يتم الاشكال في صورة يكون مالكا للارض
ولا يجوز ما يحصل من الجواب بان الارض لا يقصد عملها بالذات وانما يقصد الزرع فالعبرة فيه
بمالك البذر وفي المساقاة يقصد بالعمل الاصول والثمرة معا كلاهما بالذات فلا يقع الا من مالكه

او من باذنه **قوله** خراج الارض على المالك الا ان يشترط على العامل او بينهما الخراج في الارض الخراجية
كالمفتوحة عنوة يكون على الارض مع خلوها عن الشجر المغروس فيها بواسطة الارض لانها حق المسلمين
فهو للارض لا في الشجر ولذلك اطلق المصنف نسبة الخراج الى الارض وان كان قد يوضع على الشجر ولما كان
على المالك لانه بسبب ارضه فيها الا ان يشترط على العامل او عليهما فيجب حسب ما شرط لكن يشترط علمهما بقدره
ليصح اشتراطه في العقد اللازم لئلا يتجهل العوض فلو زاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك
الا على حكم ما شرط وقد تقدم مثله في المزارعة **قوله** الفائدة تملك بالظهور وتجب الزكاة فيها على
كل واحد منهما اذا بلغ نصيبه نصابا اما كون الفائدة تملك لهما بظهورها فيما لا نعلم فيه خلافا
وفي التذكرة اسند الحكم الى علمائنا وهو ظاهر في الاجماع عليه لانه جعل مصنفا يفيد العموم و
الخلاف فيه مع بعض العامة حيث جعل ملك العامل موقوفا على القسمة ووجه المختار مع الاجماع
ان مقتضى الشرط كون الثمرة بينهما وصحته تقتضي ثبوت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة
والثمرة متحققة بالظهور ويتفرع على ذلك وجوب الزكاة على من بلغ نصيبه منهما نصابا
لتحقق شرط وجوب الزكاة وهو ملك الثمرة قبل تحقق الوجوب وهو نماء في ملكه والحكم بهذا التفريع
لازم بعد ثبوت الاصل وقد خالف فيه من اصحابنا السيد ابن زهرة رحمه الله تعالى واوجب
الزكاة على من كان البذر منه خاصة محتجا عليه بان الحصة للاخر كالاجرة وضعفه ظاهر لان
الحصة هنا قد ملكت بعقد المعاوضة في وقت يصلح لتعلق الزكاة بها لا بطريق الاجرة ثم لو
سلم كونها كالاجرة فمطلق الاجرة لا يمنع من وجوب الزكاة بل اذا تعلق الملك بها بعد الوجوب
اذ لو استاجره بزرع قبل بدو صلاحه او اجر المالك الارض بالزرع كذلك لوجبت الزكاة
على مالك الاجرة كما لو اشترى الزرع كذلك نعم لو كان يذهب الى ان الحصة لا يملكها من لا بذر
له بالظهور بل بعد بدو صلاح الثمرة ونحوه امكن ترتب الحكم لكنه خلاف اجماع الاصحاب
ومع ذلك لا يتم تعليله بالاجرة بل بتاخر ملكه عن الوجوب **قال** ابن ادريس رحمه الله
الى لحقته في هذا الحكم وكاتبته الى حلب ونبهته على فساده فلم يقبل واعتذر

وعلى الشجر ح

باعذار غير واضحة وابانه بها انه نقل عليه الرد ولعمري ان الحق ثقيل كله وما رواه هو على ما قاله
وفي الحق ان قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد عن الصواب وهو خلاف الظاهر والظاهر ان الحامل له
على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس عليه اذا تقرر ذلك فنقول على المشهور تجب الزكاة
على المالك في نصيبه اذا بلغ نصابا بالكيف اتفق اذ لا مؤنة عليه وتنقدر بان تحصل بالشرط او بغيره
بعينه واما العامل فيعتبر في الوجوب عليه على القول باستثناء المعونة بلوغه النصاب بعدها
او مطلقا مع استثنائها على ما تقدم تفصيله في الزكوة وعلى قول السيد رحمه الله يجب على مالك
البذر الزكاة في نصيبه قطعا واما حصة الاخر فهل يجب عليه زكوتها مبني على ان مبني حكمه كذلك
هل هو على تاخر الملك عن بدو الصلاح على ما نظر من توهمه انه كالاجرة وان قلنا يملكها بالظهور
فعلى الثاني لا يجب زكاتها على مالك البذر جزما لعدم ملكه حين تعلق وجوب الزكاة وعلى الاول يكون
من جملة المؤن فان لم يستثنها وجبت زكاتها عليه لان انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلق الوجوب
كما يجب الزكاة على البايع لو باع الثمرة بعد بدو الصلاح وان استثنى المؤن كانت من جملتها
وحكمها في تتمة النصاب وعدمه حكم المؤن المتاخرة عن بدو الصلاح والاقوى انها لا تتم النصاب
بل يزكى الباقي بعدها وان قل **قوله** اذا دفع ارضا الى غيره ليغرسها على ان الغرس بينهما
كانت المغارسة باطلة والغرس لصاحبه ولصاحب الارض ازالته وله الاجرة وعليه ارش
النقصان بالقلع المغارسة معاملة خاصة على الارض ليغرسها العامل على ان يكون الغرس بينهما
وهي مفاعلة منه وهي باطلة عندنا وعند اكثر العامة لان عقود المعاوضات موقوفة على اذن
الشارع وهي منتفية هنا ولا فرق بين ان يكون الغرس من مالك الارض او من العامل ولا بين
ان يشترط تمليك العامل جزءا من الارض مع الغرس وعدمه وحيث كانت باطلة والغرس لصاحبه
فان كان الغرس لصاحب الارض فعليه للعامل اجرة مثل عمله لانه لم يعمل مجانا بل بحصة لم تسلم له
وان كان للعامل فعليه اجرة المثل للارض عن مدة شغله بها ولصاحب الارض قلعه لانه غير
مستحق للبقاء فيها لكن بالارش لصدوره بالاذن فليس بعرق ظالم والمراد بالارش هنا

بعدها ح

استثنيا ح

تفاوت ما بين قيمته في حالتيه على الوضع الذي هو عليه وهو كونه حال غرسه باقيا باجرة ومستحقا
للقلع بالارش وكونه مقلوعا لان ذلك هو المعقول من ارش النقصان لا التفاوت ما بين قيمته
قايما مطلقا ومقلوعا اذ لا حق له في القيام كذلك ليقوم بتلك الحالة ولا التفاوت ما بين كونه قايما
باجرة ومقلوعا لما ذكرنا فان استحقاقه للقلع بالارش من جملة اوصافه ولا التفاوت ما بين كونه قايما
مستحقا للقلع ومقلوعا لتخلف بعض اوصافه ايضا كما بيناه ولا بين كونه قايما مستحقا للقلع
بالارش ومقلوعا لتخلف وصف القيام باجرة وبهذه المنفية ذهب الى كل منها بعض واختار
الثاني منها الشيخ علي رحمه الله لسؤال الخير فخر الدين في بعض ما ينسب اليه والاخر ان ذكرناه من القيد
بقوله او لعدم سلامته من ذلك لانه موذن بان لا تعرف الارش فيه متوقف على معرفته
اذ هي تحديده والظاهر ان القيمة لا تختلف باعتباره وان تقديره كذلك كتقديره مقلوعا
وقايما باجرة فلا يضر مثل هذا الدور وله هنا الارش من نظاير كثيرة قد تقدم بعضها ويجب
على العامل مع ذلك ارش الارض لو نقصت به وطم الحفر خصوصا لو قلعه بغير اذن المالك
وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع ولم يفرق الاصحاب في اطلاق كلامهم بين العالم بالبطلان و
الجاهل بل تعليلهم مؤذن بالتعميم ولا يبعد الفرق بينهما وان لا اجرة لصاحب الارض مع علمه
ولا ارش لصاحب الغرس مع علمه اما الاول فلاذنه في التصرف فيها بالحصة مع علمه بعدم
استحقاقها ويمكن دفعه بان الاذن لما كان منحصرا في الحصة او كاجرة لم يكن الاذن من المالك
تبرعا فله الاجرة لعمل المعامل والغرس لما كان باذن المالك وان لم يكن بحصة فعرقه ليس
بظالم فيكون مستحقا للارش فرع لو كان الغرس من مالك الارض لكن الغارس ركب فيه
نوعا آخر كما في شجر التوت ونحوه فالمركب للغارس ان كان اصله ملكه وكذا لو مر مدة بقائه
وعليه اجرة الارض واجرة اصول الغرس ايضا وللمالك ازالة المركب مع الارش كما مر **قوله**
ولو دفع القيمة ليكون الغرس له لم يجبر الغارس وكذا لو دفع الغارس الاجرة لم يجبر صاحب الارض
على التبقية عدم اجبار كل منهما واضح لانه معاوضة مشروطة بالتراضي ولان ذلك غير لازم

الوجوه ح

اجرا

واما الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه [illegible]

في الغصب فهنا اولى وخالف في ذلك بعض العامة فخير المالك بين ان يكلف الغارس القلع وتضمين
الارش وبين اقرارها ويضمن له القيمة **كتاب الوديعة** **قوله**
وهي استنابة في الحفظ عرّف المصنف عقد الوديعة ولم يعرفها نفسها مع انها اولى به ولعله جرى
على ما اسلفه من ان هذه المفهومات عبارة عن العقد المفيد لتلك الفائدة كما وقع من تعريفه
البيع بانه العقد وكثير مما بعده ويكون الوديعة على هذا التقدير هي العقد المفيد للاستنابة
في الحفظ كما عرفه غيره ولما كان العقد مركبا من الايجاب والقبول لم يكن العقد هو الاستنابة خاصة
انما هنا نفس فائدة الايجاب ولا بد من ضميمة تحمل القبول بان يقال هي الاستنابة وقبولها
ونحوه ليتم العقد فانه يقال المودع استناب في الحفظ ولا يقال المستودع ذلك الا انا
جعل بمعنى اناب وهو بعيد او نقول بان القبول هنا بالقول ليس بشرط بل يقوم
الفعل مقامه وكان المتوقف على العقد هو الايجاب خاصة وان كانت الوديعة لا تتم الا بهما
الا ان التعريف هنا للعقد او نقول ان تحقق الاستنابة يستلزم قبولها اذ لو ردها
بطلت ولم يحصل لها اثر فاطلقها عليها لذلك وقد نقض التعريف في طرده بالوكالة فانها تقتضي
الاستنابة في حفظ ما وكل في بيعه وغيره وجوابه ان حقيقة الوكالة ليست هي الاستنابة
في الحفظ بل الاذن فيما وكل فيه والحفظ تابع من توابعها بخلاف الوديعة فان حقيقتها الاستنابة
والتعريف انما يكون لذات الشيء لا للوازم وعوارضه وأجيب ايضا باشتمال الوكالة
على الوديعة من حيث تضمنها الحفظ وما ذكرناه اجود **قوله** ويفتقر الى ايجاب وقبول ويقع
بكل عبارة دلت على معناه مقتضى كونه عقدا تركبه من الايجاب والقبول القوليين ومقتضى
جوازه عدم انحصاره في عبارة بل يكفي كل لفظ دل عليه ولا يعتبر فيها التصريح بل يكفي فيه التلويح
والاشارة المفهمة لمعناه اختيارا **قوله** ويكفي الفعل الدال على القبول اطلق المصنف وجماعة
هنا انه يكفي القبول الفعلي مع اعترافهم بكونه عقدا نظرا الى ان الغاية منها انما هو الرضا
بالاستنابة وربما كان الفعل اقوى فيدخل القبول باعتبار التزامه به ودخوله في ضمانه حتى

(هامش: بالتزام هو)
(هامش: فيها)

لو

لو قصر بخلاف القبول القولي فانه وان لزمه ذلك شرعا الا انه ليس صريحا في الالتزام من حيث انه
عقد جائز فاذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر اثره واليد توجب الحفظ الى ان يرده على مالكه لعموم
على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهذا حسن الا ان فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد ومن ثم ذهب
بعض العلماء الى انها اذن مجرد لا عقد وفرع عليه عدم اعتبار القبول القولي وآخرون الى ان
الايجاب ان كان بلفظ اودعتك وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظا وان قال
احفظه ونحوه لم يفتقر الى القبول اللفظي كالوكالة وهو كلام موجه واعلم انه لا يجب مقارنة
القبول هنا للايجاب سواء اعتبرناه قوليا ام اكتفينا بالفعلي **قوله** ولو طرح الوديعة
عنده لم يلزمه حفظها اذا لم يقبلها المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصة لان القبول
اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة قطعا بل لا بد معه من الايجاب ولم يحصل هنا بمجرد الطرح
واما الفعل فقد عرفت انه يجب معه الحفظ سواء تحققت به الوديعة ام لا نظرا الى ثبوت
حكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلي هنا انما يجب حفظها لانها تصير وديعة شرعية وعبارة
المص لا تدل على ازيد من ذلك لانه قال لم يلزمه حفظها لو لم يقبل لم تصر وديعة وذلك لان طرح
المالك لها اعم من اقترانه بما يوجب الايجاب وهو الاتيان بما يدل على الاستنابة لكن ما عرفت
ان الايجاب يحصل بالقول الصريح وبالاشارة والتلويح فينظر هنا فان حصل مع الطرح ما
يفيد ذلك كان القبول في قول المصنف اعم من كونه قوليا وفعليا وان لم يحصل معه ما يدل على
الايجاب فالمعتبر في وجوب الحفظ القبول الفعلي خاصة لكن قوله طرح الوديعة لا يخلو من
قرينة ان يريد بالطرح كما يدل بواسطة تسميتها وديعة فانها لغة وعرفا هي المال المودع
وشرعا هي العقد المفيد للاستنابة في حفظ او يقول ان القبول يقتضي سبق ايجاب
فيؤذن بان استفادته من الطرح للايجاب اما ان قبلها بالفعل ولا يسمى قبولا من دون
سبق ايجاب وان وجب حفظها لذلك الا انه قد يتوسع في اطلاقها القبول من غير سبق
ايجاب مطلقا ويتحصل من ذلك صور أ ان يضع المال عنده ولا يحصل منه ما يدل على الايداع

فيحفظه فيقبله قولا ولا اثر له في الضمان ولا في وجوب الحفظ ب ان يقبله فعلا بان يقبض المودع عنده
فيضمنه ويجب عليه حفظه الى ان يرده على مالكه ج ان يتلفظ المالك مع الطرح بما يدل على الايداع
فيقبل قوله قوليا فيجب عليه الحفظ باعتبار الوديعة والضمان الا مع التفصي د ان يقبله قبولا
فعليا فتتم الوديعة ايضا كما مر واما لو طرحها عنده متلفظا بالوديعة ام لا ولم يحصل من المودع
عنده ما يدل على الرضا قولا ولا فعلا لم يجب عليه حفظها حتى لو ذهب وتركها فلا ضمان عليه لكن يأثم
ان كان ذهابه بعد ما غاب المالك لوجوب الحفظ حينئذ من باب المعاونة على البر واعانة المحتاج فيكون
واجبا على الكفاية ولو انعكس فجعله الفرض بان تمت الوديعة ولكن غاب المستودع وتركها والمالك
حاضر عندها فهو رد للوديعة وان كان المالك غائبا ضمن كما هو في رده ويشكل تحقق الرد بمجرد
الذهاب عنها مع حضور المالك لاصالة بقاء العقد وكون الرد اعم منه ما لم ينضم اليه قرائن
تدل عليه وقد ظهر بما قررناه فساد ما ذكره بعضهم من ان قول المص ولو طرح الوديعة عنده لم
يلزمه حفظها ما لم يقبلها فيه دلالة على جواز كون الايجاب فعليا لان مفهومه انه لو قبلها لزمه
الحفظ الدال على تحقق الوديعة ولم يحصل من المالك ايجاب قولي بل مجرد الطرح وانت قد عرفت
ان وجوب الحفظ المرتب على الفرض اعم من كونه بسبب الوديعة لانه قد يكون لسبب التصرف في
مال الغير **قوله** ولو اكره على قبضها لم تصر وديعة ولا يضمنها لو اهمل اي اهمل حفظها فانه غير
واجب عليه بسبب الاكراه لكن يستفيد منها انه لم يضع يده عليها بغير الاكراه مختارا
فانه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد الجديدة وان لم يجب بالاكراه ويحتمل مصيرها حينئذ وديعة ام امانة
شرعية يحتمل الاول لان المالك كان قد اذن له واستنابه في الحفظ غايته انه لم يتحقق معه
الوديعة لعدم القبول الاختياري وقد حصل الان والمقارنة بين الايجاب والقبول غير
لازمة من الغاية الشارع ما وقع سابقا ولا يترتب عليه اثر ويشكل بان اذن العاقد بالطوع
القابض لا بالنظر الى المالك ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا ابتداء الاستيداع
وعدمه فيضمن على الثاني دون الاول لعطائه لكل واحد حكمه الاصلي **قوله** واذا استودع

وجب

وجب عليه الحفظ اي قبل الوديعة وان كان الاستيداع اعم منه وانما يجب عليه الحفظ ما دام مستودعا
لان ذلك هو مقتضى تعليق الحكم على الوصف ولان الوديعة من العقود الجائزة وجاز
ردها في كل وقت بينا في وجوب الحفظ الا انه يقال وجوب الحفظ اعم من كونه بسبب الوديعة
وغاية ما يفرض ان تنفسخ فيبقى في الحال معه ذلك يجب عليه حفظها الى ان يردها الى مالكها فهو صادق
وجوب الحفظ على كل حال في الجملة لانا نقول وجوب الحفظ الى ان يرد وان كان واجبا
الا انه قد لا يتحقق في الوديعة بان يكون المستودع مقيما عند المالك بحيث لا يتوقف الرد
على زمان فلا يتم التقريب الا بما ذكرناه من وجوبه ما دام مستودعا او نقول ان الوديعة
وان كانت جائزة لكن لا شك في وجوب الحفظ فان الواجب على المستودع احد الامرين اما الحفظ
او الرد على المالك فالحفظ واجب مخير يصح اطلاق الوجوب عليه بقول مطلق واعلم ان
قبول الوديعة الذي يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجبا كما اذا كان المودع مضطرا اليه الا
وانه يحسن على كل قادر عليها واثق بالحفظ قبولها لما فيه كفاية ولو لم يوجد غيره وجد تعين عليه الوجوب
في هذين الفرضين وجوب الحفظ واضح وقد يكون مستحبا مع قدرته وتحقق من نفسه بالامانة
وكون المودع غير مضطر لما فيه من المعاونة على البر الذي أقرب مراتب الامر بها الاستحباب في قضاء
حوائج الاخوان كما اذا كان عاجزا عن الحفظ وغير واثق من نفسه بالامانة لما فيه من التعرض
للتفريط في مال الغير وهو محرم ومثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع في نفسه
او ماله او بعض المؤمنين ونحو ذلك وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه **قوله**
ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط او اخذت منه قهرا هذا اذا لم يكن سببا في الاخذ
القهري كما لو كان هو الساعي بها الى الظالم ولم يقدر بعد ذلك على دفعه فانه يضمن
لانه فرط في الحفظ بخلاف ما لو كانت السعاية من غيره او علم الظالم بها من غير سعاية ومثله
ما لو اخبر اللص بها فسرقها ولو اخبره بها في الجملة ولكن لم يعين له مكانها فالاقرب
انه لا يضمن ويشكل مع كونه سببا في السرقة لانه تفريط نعم لو لم يقصدها اللص

(هامش: استيداع)
(هامش: وقد يكون محرما)

وان اتفق مصادفته لها بوجه ذلك وهذا بخلاف الظالم فانه يضمن مطلقا والفرق ان الظالم اذا عمل
بها اخذها قهرا او السارق لا يمكنه اخذها الا اذا علم موضعها ولا فرق في عدم الضمان مع اخذ الظالم
لها قهرا بين ان يتولى اخذها من يده ومكانه وبين ان يامره بدفعها اليه بنفسه فيدفعها اليه كرها
لانتفاء التفريط وح يرجع المالك على الظالم بالعين او البدل وهل للمالك مطالبة المستودع
بذلك يحتمل لانه باشر تسليم مال الغير الى غير مالكه واستقر به في التذكرة وعلى هذا فيضعف
عدم ضمانه لانه لا يستقر عليه بل يرجع بما غرم على الظالم والاقوى عدم جواز مطالبته لعدم تفريطه
ولان الاكراه صيره كالمعدوم منسوبا الى المكره ولانه محسن فلا سبيل عليه والتسليم باذن الشارع
فلا يستعقب الضمان قوله نعم لو تمكن من الدفع وجب ولو لم يفعل ضمن اي تمكن من دفع الظالم
عنها بالوسائل وغيرها حتى بالاختفاء عنه فانه يجب لتعينه على حفظها بالواجب عليه مطلقا
فيجب ما يتوقف عليه فلو اهمل ذلك مع قدرته عليه ضمن لانه تفريط ولو امكن دفعه بشيء من المال
او من غيره بحيث لا يندفع بدونه عادة فالاقرب جوازه ويرجع به على المالك ان لم يمكنه استئذانه
قبل الدفع او استئذان وليه وعدم نية التبرع ولو ترك الدفع عنها ببعضها مع امكانه
ضمن ما زاد عما يندفع به لا الجميع لان المعتد بالمدفوع ذاهب على التقديرين قوله ولا يجب تحمل الضرر
الكثير بالدفع كالجرح واخذ المال ه المرجع في كثرة الضرر وقلته الى حال المكره فمنهم من
يعد الكلمة اليسيرة من الاذى كثيرا في حقه لكونه شريفا لا يليق بحاله ذلك ومنهم من لا يعتد
بامثال ذلك وهكذا القول في الضرب واخذ المال وبعضهم من قول المصنف ان مطلق اخذ المال
ضرر كثير لا يجب تحمله وان جاز ثم ان كان المطلوب الذي لا يندفع عنها بدونه يعتد به لم يجب
بذله قطعا لانتفاء الفائدة لكن لو بذله بنية الرجوع به هل يرجع يحتمل لان الوديعة لولاه
ذاهبة فيكون بذله لقدرها كبذلها وعدمه لان القدر الماذون فيه شرعا ما يترتب عليه
مصلحة المالك وهو هنا منتف فلا يكون شرعيا وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميع
ما ذكر والحق منه ما ليقصر عنها او تترتب الفائدة اذ الفرض عدم امكان ما قصر عنه ويبعد كونه
يرجع

ولو صه

يرجع بمقدار ما يقصر عن قدرها بدرهم مثلا ولا يرجع بشيء اصلا كما لو ساوى بها فانه غير الماذون في
المساوي انما هو القدر الذي يشتمل الفائدة معه لا جميع المبذول ولم اقف في هذا الحكم
على شيء فينبغي تحريره قوله ولو اكرهه فطولب باليمين ظلما جاز ان يحلف موريا ما يخرج به عن
الكذب ه الجواز هنا بالمعنى الاعم والمراد منه الوجوب لان حفظ الوديعة لما كان واجبا وتوقف
على اليمين وجب من باب المقدمة وانما تجب التورية عليه اذا عرفها والا وجب الحلف ايضا
لغير تورية لانه وان كان قبيحا الا ان اذهاب حق الادمي اشد قبحا من حق الله تعالى في اليمين الكاذبة
فيجب ارتكاب اخف الضررين ولان اليمين الكاذب عند الضرورة ماذون فيه شرعا كمطلق
الكذب النافع بخلاف مال الغير فانه لا يباح اذهابه بغير اذنه مع امكان حفظه بوجه ومن
ترك الحلف حيث يتوقف حفظ المال عليه فاخذه الظالم ضمنه للتفريط قوله وهي عقد
جائز من الطرفين تبطل بموت كل واحد منهما وبجنونه وبكونه امانة لا حال في كون الوديعة
من العقود الجائزة فتبطل بما تبطل به من فسخهما وخروج كل منهما عن اهلية التكليف بموت او
جنون او اغماء فاذا اتفق ذلك للمودع وجب على المستودع ردها اليه او الى وارثه او وليه
ولو كان ذلك من المستودع وجب ردها عليه في صورة الفسخ او على وليه في صورة الجنون
والاغماء او وارثه في صورة الموت ومعنى كونها بعد ذلك امانة انها امانة شرعية لحصولها
بيده بغير اذن مالكها لكنها غير مضمونة عليه لاذن الشارع في وضع اليد عليها الى ان يردها
على وجه من حكم الامانة الشرعية وجوب المبادرة بردها على الفور الى مالكها او من يقوم
مقامه فان اخر ذلك مع قدرته ضمن ولو تعذر الوصول الى المالك او وكيله او وليه الخاص
سلمها الى الحاكم لانه ولي الغائب ولا فرق في ذلك بين علم المالك بانها عنده وعدمه عندنا
اذا تقرر ذلك فلو كان الميت المودع فطلبها الوارث او لم يطلبها واخر المستودع
الدفع مع امكانه وادعى عدم علمه بانحصار الارث في الوارث الظاهر او الشك في كونه وارثا
واراد البحث عن ذلك ولم يكن هناك حاكم يرجع اليه فالاقوى عدم الضمان خصوصا مع الشك

في كون الموجود وارثا لاصالة عدمه ولو تمامع العلم بكونه وارثا فالاصل عدم انحصار الحق في المال والقدر
المعلوم انما يكون متحققا في الجملة وهو لا يقتضي انحصار الحق فيه واصالة عدم وارث اخر معارض
بهذا الاصل فيبقى الحكم في الغائب وجوب البحث غير المستحق كنظائره من الحقوق وعلله بانه في
الاقرار لو اقر بان الوارث زيد فانه لا يؤمر بتسليم جميع المقر به اليه الا بعد البحث حتى لو ادعى انحصار
الارث في الموجود مع الجهل ففي حواله بمكنة من دفعه وجهان من اعترافه بانحصار الحق فيه فيلزم
بالدفع اليه ومن انه اقر في حق الغير حيث يمكن ان يكون غيره له وسيلة البحث في ذلك ان شاء الله في بابه
هنا عارضي ولو اخر تسليم الوديعة الى الوارث ليبحث عن وصية الميت او اقرار بدين ونحوه
فالاقرب الضمان لاصالة عدمه بخلاف الوارث واعلم ان من جملة احكام الامانات الشرعية
مع ما تقدم من وجوب المبادرة الى ردها وان لم يطالب انه لا يقبل قول من هي في يده في ردها
الى المالك مع يمينه بخلاف الوديعة والفرق ان المالك لم يستامنه عليها فلا يقبل قوله في حقه
مع اصالة عدمه مع ما انضم اليه من الاحسان الموجب لنفي السبيل ولها صور كثيرة لحصر
ما ذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان وكذا غيرها من الامانات كالمضاربة والشركة
والعارية ومنها ما لو اطارت الريح ثوبا ونحوه الى داره ومنها ما لو انتزع المغصوب من
الى الغاصب بطريق الحسبة ومنها ما لو اخذ الوديعة من صبي او مجنون يخاف تلفها
ومنها ما لو استعار صندوقا ونحوه او اشتراه او غيره من الامتعة فوجد فيه شيئا فانه
يكون امانة شرعية وان كان المستعار مضمونا ومنها اللقطة في يد الملتقط مع ظهور
المالك وضابطه ما كان وضع اليد عليه بغير اذن المالك مع الاذن فيه شرعا قوله ويحفظ
الوديعة بما جرت العادة بحفظها كالثوب في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة
في المراح او ما يجري مجرى ذلك ه لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة من قبل الشارع
كان المرجع فيه الى العرف فما عد فيه حفظا لمثل تلك الوديعة كان هو الواجب ولم يتعقبه
ضمان لو فرض تلفها معه وما ذكره من الامثلة يدل عليه العرف واشار بقوله او ما يجري مجرى
ذلك

اليه

لخبر الوديعة

الى ان ذلك بخصوصه غير متعين بل المقوم مقامه وما ساواه في المعنى او زاد عليه كما لو وضع الدابة
في بيت المسكن او الشاة في دار المضبوطة ونحو ذلك ولا فرق في وجوب الحفظ بما
جرت به العادة بين علم المودع بان المستودع قادر على تحصيل الحرز المعتبر وعدمه فلو
اودعه دابة مع علمه بانه لا اصطبل له او مالا مع علمه انه لا صندوق له ونحو ذلك لم يكن
عذرا واعلم انه ليس مطلق الصندوق كافيا في الحفظ بل لا بد معه من كونه محرزا
عن غير امانه لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق بيلحظ مع كون البيت محرزا بابا
ونحوه او كون الصندوق محرزا بالقفل كذلك وكونه كبيرا لا ينقل عادة بحيث يمكن سرقته
لذلك مقفلا وكذا القول في الاصطبل والمراح وغيرهما قوله ويلزم سقي الدابة وعلفها
امره بذلك او لم يامره ه لما كانت الدابة من الاموال المحترمة التي لا تبقى الا بهما بفعل الوجه
الماذون فيه شرعا وجب على المستودع علفها وسقيها بما جرت العادة به لامثالها ويعني
الى اراد بالدابة هنا مطلق الحيوان المحترم او يكون ذكرها على وجه المثال فالحكم في الجميع
كذلك واولى منه ما لو كان ادميا كالعبد ولو اخل به كان من جملة التفريط فيلزمه ضمانها ان
تلفت ونقصها ان نقصت ولو لم يحصل واحد منهما صار ضامنا وخرج عن كونه امينا
وان عاد الى القيام بذلك كما لو تعدى بغيره ثم رجع الى الحفظ ويحصل التفريط بترك ما جرت
ولجدة او بعضها اذا تقرر فنقول اذا اودعه الحيوان المفتقر الى النفقة فلا يخلو
اما ان يامره بالانفاق عليها او ينهاه او يطلق فان امره انفق ورجع عليه بما غرم والكلام فيه
اضح وان اطلق توصل الى اذنه او اذن وكيله فيه فان تعذر رفع امره الى الحاكم ليامره به
ان شاء او يستدين عليه او يبيع بعضه للنفقة او ينصب امينا عليه فان تعذر الحاكم انفق
هو واشهد عليه ورجع به مع نيته وكذا يرفع امره الى الحاكم الى اخر ما ذكر مع نهي المالك
له عنه ولو تعذر الاشهاد اقتصر على نية الرجوع والكلام في اعتبار الاشهاد في جواز الرجوع
وعدمه ما تقدم في باب المزارعة وغيرها وفي حكم الحيوان الشجر الذي يفتقر الى السقي وغيره

الحرمة وفي حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر اليه من الدواء للمرض وحيث ينفق مع عدم الاشهاد اما
لتعذره او لعدم اشتراطه ولو اختلفا في قدره فالقول قوله مع يمينه ولو اختلفا في مدة
الانفاق فالقول قول المودع عملا بالاصل في الموضعين **قوله** ويجوز ان يسقيها بنفسه
وبغلامه اتباعا للعادة ه مقتضى العادة جواز تولي الغلام ذلك سواء كان المستودع
حاضرا عنده ام غائبا وسواء كان الغلام امينا ام لا ومع كونه امينا فكلام المحرر لا فرق في ذلك
بين وقوع الفعل في المنزل وخارجه فلو توقف سقيها على اخراجها ولم يكن امينا فلا بد من مصاحبته
في الطريق واما تظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام لذلك ولكن لا فرق في ذلك كله بين الغلام
وغيره ممن يستنيبه المستودع وعبارة المص لا تنافي ما بيناه لانه لم يجوز الا تولي السقي وهو
اعم من كونه مع ذلك في يد المستودع وعدمه والعام لا يدل على الخاص فيمكن تخصيصه
اذا دل عليه الدليل وهو هنا موجود الا المتفق عليه من عدم جواز ايداع الودعي مع
الامكان وهذا في معناه وربما قيل بان ذلك فيمن لا يمكن مباشرته لذلك الفعل عادة
اما من لا يكون كذلك فيجوز له التولية كيف كان وهو ضعيف **قوله** ولا يجوز اخراجها من
منزله لذلك الا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها او علفها في منزله وشبه ذلك من
الاعذار ه لا فرق في المنع من اخراجها لذلك بين كون الطريق امنا وعدمه لان النقل
تصرف فيها وهو غير جائز مع امكان تركه ولا بين كون العادة مطردة بالاخراج لذلك
وعدمه لما ذكر ولا بين كونه متوليا لذلك بنفسه وغلامه مع صحبته له وعدمه لاتحاد العلة
في الجميع واستقرب في التذكرة عدم الضمان لو اخرجها مع امن الطريق وان امكن سقيها في موضعها
محتجا باطراد العادة بذلك وهو حسن مع اطراد العادة بذلك لان الحكم فيه على العموم لعدم
اطراد العادة بذلك في بعض الاماكن وحيث جاز الاخراج فالحكم في مباشرة الغلام
له غير ما ذكرناه سالفا **واعلم** ان اطلاق كلامه يقتضي عدم الفرق في جواز اخراجها
لذلك مع عدم امكان فعله في موضعها بين كون الطريق امنا وعدمه ووجهه ان
ذلك

وليس كل ذلك جائزا هنا بل لا يجوز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ليطلع على قيامه بما يجب صح

ونحو

اكثر

ذلك الفعل من ضرورات الحيوان لا يعيش بدونه فالضرر اللاحق بتركه اقوى من خطر الطريق
الذي يمكن وقوعه وعدمه ولكن قد يشكل في بعض الصور كما اذا كان الاخراج اليه وقت احد
اقل ضررا وخطر امر اخراجها حين الحاجة ونحو ذلك فينبغي مع اشتراكهما في الضرر مراعاة
اقل الضررين **قوله** ولو قال المالك لا تعلفها ولا تسقها لم يجز القبول بل يجب سقيها
وعلفها نعم لو اخل بذلك والحال هذه اثم ولم يضمن لان المالك اسقط الضمان بنهيه
كما لو امره بالقائه ماله في البحر ه انما لم يجز ترك العلف والسقي مع النهي عنهما لانه حق لله تعالى فلا
يسقط حق الله تعالى باسقاط المالك حقه ولان اتلاف المال منهي عنه ولا اشكال في وجوبهما
مع النهي عنهما انما الكلام في امرين احدهما الرجوع بعوضهما عليه وقد تقدم الكلام فيه والثاني
انه لو تركهما حتى هلك هل يضمن ام لا وقد جزم المص رحمه الله بعدم الضمان وان حصل الاثم اما
الاثم فلتركه حق الله تعالى وايجابه عليه ذلك واما عدم الضمان فلان المالية حق المالك
وقد اسقط عنه الضمان بنهيه وكان ذلك كالاذن في اتلاف ماله فلا يتعقبه الضمان
كالامر بالقاء ماله في البحر ونحوه من ضروب الاتلاف ففعل واولى منه بعدم الضمان
لو كانت الوديعة غير حيوان كشجر يحتاج الى السقي والعمارة وثوب يحتاج الى النشر ونحوه
فنهاه المالك عن ذلك وهل يجب حفظه هنا كالاول يحتمل لما فيه من اتلاف المال المنهي
عنه والاقوى عدمه لان حفظ المال انما يجب على مالكه لا على غيره وانما وجب في الحيوان لكونه
ذا روح يتالم بالنقص في حقه فيجب دفع المكافاة نعم يكره تركه اصلاحا للتضييع
المذكور والوجهان قربهما العلامة في التذكرة **قوله** ولو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر
عليه ولو نقلها ضمن الا الى احرز او مثله على قول ولا يجوز نقلها الى ما دونه ولو كان احرز
الا مع الخوف مع ابقائها فيه ه اذا عين موضعا للحفظ لم يجز نقلها الى ما دونه اجماعا
وجوز جماعة نقلها الى الاحرز محتجين بالاجماع وذلك لان الحرز يفهم منه الموافقة عليه و
اختلفوا في المساوي فجوزه بعضهم وهو القول الذي نقله المص نظرا الى ان التعيين افاد

ضرورة

كما انه حق للمالك صح

افتى بهما

الاذن في ضمنه ما كان في تلك المرتبة كما في تعيين نوع الزرع والراكب في الاجارة فانهم جوزوا التخطي الى
المساوي لتوافق المتساويين في الضرر والنفع المأذون فيه والاقوى المنع لعدم الدليل على
جواز تخطي ما عينه والحاقه بالمساوي له قياس محض بل يحتمل قويا ذلك في النقل الى الاحرز
ايضا عملا بمقتضى التعيين ومستند الاجماع هو الموافقة هنا فان الاغراض تختلف في مواضع الحفظ
اختلافا كثيرا من غير التفات الى كون بعضها احفظ من بعض والاجماع على جوازه ممنوع بل ظاهر
جماعة من الاصحاب منع التخطي مطلقا ويمكن ان يكون القول المحكي في العبارة متعلقا بالامرين
معا وقريب منها عبارة القواعد الا ان شراحها المتقدمين صرحوا بان الخلاف في المساوي
خاصة وفي حواشي الشهيد رحمه الله عليها ما يدل على تناول الخلاف للاحرز ايضا وهو ممن
اختار عدم جوازه اذا تقرر ذلك فلو نقلها الى الاحرز او الى المساوي فتلفت ضمن على
القول بعدم الجواز الا مع الخوف عليها فيهما فانه يجوز نقلها الى غير المعين مراعيا للاصلح او المساوي
مع الامكان فان تعذر فالادون وانما جاز المساوي هنا لسقوط حكم المعين لتعذره
فينتقل الى ما في حكمه وهو المساوي لموافقته وعلى هذا فيجب تقييد قول المص الا مع الخوف مع
ابقائها فانه يشمل جواز نقلها الى الادون مع الخوف في المعين مطلقا وليس كذلك وعلى القول
بجواز النقل الى الاحرز او المساوي ينبغي ان لا يترتب عليه ضمان حيث انه فعل مأذون فيه
كما لا يترتب الضمان لو نقلها الى الادون مع الخوف لكن العلامة رحمه الله حكم بجواز النقل اليهما مع
الاطلاق والضمان مع تلفها فيهما وربما فرق الاصحاب بين تلفها بانهدام او بغيره فيضمن في
الاول دون الثاني وفيهما معا نظر ولا في نفي الضمان مطلقا او عدمه كذلك على القول بالجواز
قوله ولو قال لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان الا ان يخاف تلفها فيه وكذا لو قال
وان تلفت ه اذا نهاه عن نقلها عن المعين لم يجز نقلها الى غيره وان كان احرز اجماعا الا ان
يخاف عليها في المعين فانه ح يجوز نقلها الى المساوي وغيره كما مر مع الامكان وينزل الى الادون
بل يجب لان الحفظ عليه واجب ولا يتم الا بالنقل وللنهي عن اضاعة المال فلا يسقط هنا
الحكم

حفظ

فيما ان

فيه

الحكم بنهي المالك وان صرح بقوله وان تلفت لكن هنا لو ترك نقلها اثم ولا ضمان لاسقاط المالك له عنه كما مر
واعلم انه لو نقلها الى غير المعين وتوقف النقل على اجرة فقد قال في التذكرة انه لا يرجع بها على المالك
لانه متبرع بها وهو حسن مع احتمال الرجوع مع نيته لان الشارع اذن له في ذلك فيقوم مقام اذن المالك
ولان فيه جمعا بين الحقين مع مراعاة حق الله تعالى في امتثال امره بحفظ المال **قوله** ولا تصح وديعة
الطفل ولا المجنون ويضمن القابض ولا يبرأ برده اليهما ه لا شبهة في عدم جواز قبول الوديعة
منهما لعدم اهليتهما للاذن فيكون وضع يد المستودع على المال بغير حق فيضمن ولا فرق في ذلك
بين ان يكون المال لهما او لغيرهما وان ادعيا اذن المالك لهما في الايداع واطلاق حكم المص بالضمان
يشمل ما لو علم تلفها في ايديهما وعدمه فالاقوى انه لو قبضها مع خوف هلاكها بنية الحسبة في
الحفظ لم يضمن لانه محسن وما على المحسنين من سبيل لكن يجب عليه مراجعة الولي في ذلك
فان تعذر قبضها وترتب الحكم ح واما عدم البراءة بردها اليهما فلان المتعدي يريد بعوض
الحجر عليهما في ذلك وشبهه فلا يبرأ الا برده الى وليهما الخاص او العام مع تعذره **قوله**
ولو اتلفت تودعا لم يضمنا بالاهمال ه لان المودع لهما متلف ماله ه اي متسبب في اتلافه حيث اودعه
من لا يكلف بحفظه وهذه علة تقريبية فان من دفع ماله الى مكلف يعلم انه يتلفه يكون متلفا
لماله مع ان قابضه يضمنه والاولى في التعليل ان الضمان باعتبار اهمالهما انما يثبت حيث يجب الحفظ
والوجوب لا يتعلق بهما لانه من خطاب الشرع المختص بالمكلفين ولا يعارضه قوله صلى الله عليه واله
على اليد ما اخذت حتى تؤدي لان على ظاهره في وجوب الدفع والتكليف بالرد فيكون
مختصا بالمكلف ويفهم من قوله لم يضمنا بالاهمال انهما لو تلفت بغيره بان تعديا فيها فتلفت
انهما يضمنان وهو كذلك على الاقوى لان الاتلاف لمال الغير سبب في ضمانه اذا وقع بغير اذنه
ولا اشتباه بانه خطاب الوضع يشترك فيه الصغير والكبير وقبل القول في كل ما يتلفانه
من مال الغير وبالاولى منه فانهما يضمنانه وان لم يكن لهما مال حين الاتلاف لان تعلق الحق بالذمة
لا يتوقف عليه نعم يجب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف كما مر فقبله يكون المخاطب

بالدفع من مالهما الولي ان كان لهما مال ولو كانا دفعا عليهما يجب عليهما قضاؤه بعد التكليف ولو فرض
موتهما قبله ولا مال لهما او لهما مال ولم يعلم الولي بالحال لم يؤاخذا به في الآخرة بخلاف المكلف
واعلم ان في هذه المسألة ابحاثا وجهين آخرين احدهما عدم الضمان لعدم التكليف
ولتسليط المالك لهما عليها وكان سببا قويا والمباشر ضعيف وهو اختيار بعضهم والثاني
الفرق بين المميز وغيره فيضمن المميز خاصة لعدم قصد غيره الى الاتلاف فكان كالآلة وفيه نظر لان
المقتضي للضمان وهو الاتلاف موجود والمانع غير صالح للمانعية اما القصد فلانه لا مدخل له في الضمان
وعدمه كما يعلم من نظائره واما تسليط المالك فانه انما وقع على الحفظ لا على الاتلاف وغايته في
الباب انه عرّض ماله للتلف بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ وهو غير كاف في سقوط الضمان عنهما لو باشراه
بخلاف ما اذا تركا الحفظ ولم يقع الضمان مطلقا **قوله** واذا ظهر للمودع امارة الموت وجب الا
شهاد بها اه لما كان حفظ الوديعة واجبا مطلقا وجب كل ما يتوقف عليه ومن جملته الاشهاد عليها
اذا حصل له امارة الموت من مرض مخوف او حبس للقتل ونحو ذلك وهل يعتبر في الاشهاد الواجب
شاهدان ليحصل بهما اثباتها حيث ينكر الوارث او يكون الوارث او بعضهم صغارا لئلا يمنع الوصي
من تسليمها الى مالكها بدون الاثبات ام يكفي واحد بحيث يحصل وصلة الى ايصالها المتبادر من
الاشهاد الاول ولتتحقق الغاية المطلوبة منه ويحتمل الاكتفاء بالثاني وهو الظاهر من عبارات العلماء
حيث جعل الواجب هو الايصاء وهو يتحقق بدون الاشهاد وعلى التقديرين فلو اخل بذلك ضمن
للتفريط ولكن لا يستقر الضمان الا ان يموت فيعلم التفريط في اول زمان ظهر فيه امارة الموت
سواء كان ذلك في ابتداء المرض ام في اثنائه والظاهر ان الاشهاد او الايصاء كاف في جواز تركها وان قدر على
ايصالها الى مالكها او من يقوم مقامه لانه لم يخرج بذلك عن اهلية الامانة فيستصحب وجوب
الاشهاد لانه ابقاها فيه من وجوه الحفظ الواجب عليه وربما قيل بوجوب الرد على المالك او
وكيله والحاكم عند تعذرهما او ايداعها الثقة عند تعذره فان عجز عن ذلك كله اشهد عليها
وهو الذي اختاره في التذكرة اولا ثم رجع عنه الى الاكتفاء بالوصية ولو فرض عدم تمكنه

كالآلة بل

يجب الاشهاد بالوديعة عند ظهور امارة الموت

ثم نقيضها وان تلفت اذ لا يعد مقصرا حينئذ ولو وجب الاشهاد عليها على كل ودعي لامكان ذكره في حقه
وهو منتف اتفاقا وحيث يكتفي بالوصية يعتبر في الوصي العدالة ولا فرق فيه بين الوارث
والاجنبي والمراد بعلمه بها وبأمره بردها على تقدير الموت لانه يسلمها اليه كما يجوز ايداع الثقة
عند الضرورة ولو اوصى الى غير الثقة فهو كما لو لم يوص اذا اقتصر على ذلك فيتحقق يجب
على الودعي مع تقدير الاشهاد او الايصاء تعيين الوديعة وتمييزها ببيان جنسها او وصفها
الرافع للجهالة عنها فلو اقتصر على قوله عندي وديعة او لفلان او ذكر الجنس وابهم الوصف
كما لو قال عندي ثوب لفلان فهو كما لو لم يوص ثم على تقدير ذكر الجنس خاصة اما ان يوجد
في التركة ذلك الجنس او يوجد متعددا او متحدا ففي الاولى لا يحكم للموصى له بشيء ويضمن الودعي
اما على تقدير عدم وجوده فظاهر لتقصيره بترك البيان واما على تقدير وجوده متعددا
فهو كمن خلطها بماله بحيث لا تتميز فيكون تفريطا يوجب الضمان ولا يكون الموصى له شريكا
في الثياب الموجودة لاصالة عدم استحقاقه شيئا في تركة الودعي وان كان ضامنا لها فيرجع
الى المثل او القيمة ويحتمل كونه شريكا لاصالة البقاء وان حكم بالضمان كما لو مزجها بماله ولو وجد
جنس ثوب واحد ففي الحكم به للمالك وجهان ماخذهما اصالة البقاء حيث ثبت بالاقرار
فيستصحب الى ان يعلم التلف وحملا على الموجود فلا والاحتمال ان لا يكون هي الوديعة فلا
يحكم بها مع قيام الاحتمال وترك العمل بظاهر اليد وعلى تقدير عدم الحكم له به يحكم
بالضمان وعدمه قبل الحوالة بتعيين تفريط قبل الموت ولا اقرار بها لانتفائه ويحتمل عدم
لاصالة البقاء والحق ان الحكم مبني على ان الاجمال المذكور هل يعد تقصيرا يوجب الضمان كما
هو الظاهر من كلامهم ام لا فان قلنا به ضمن قطعا للتفريط وان قلنا بالثاني فلا لاصالة عدمه
وبراءة الذمة واما اصالة بقائه فلا تقتضي الضمان بل هي اعم منه فلا يدل عليه وقد مضى مثله
وسيأتي الكلام على نظيره **قوله** ولو لم يشهد وانكر الورثة كان القول قولهم ولا يمين عليهم
الا ان يدعى عليهم العلم اه هذا الحكم واضح لاصالة عدم الوديعة كما لو انكرها المورث وكل من

يدعي عليه وانما لا يجب عليهم اليمين لان الدعوى متعلقة بمورثهم لا بهم كما لو ادعى عليه دين الا ان يدعي عليهم
العلم بذلك فيلزمهم الحلف على نفي العلم لا على البت لان ذلك ضابط الحلف على نفي فعل الغير
ومثله ما لو اقر الورثة بالوديعة ولكن لم توجد في التركة او ادعى المستودع انه قصر في الا
شهاد وقال الوارث لعلها تلفت قبل ان ينسب الى التقصير فالقول قولهم عملا باصالة
براءة الذمة ولا يمين ايضا الا مع دعواه علمهم بالتقصير ويمكن ان يريد المصنف بهذه المسألة
بان يكون المراد انكار الورثة لها دعوى وجودها في التركة بحيث لم يشهد وحملوا ترك الاشهاد
على تلفها قبل حصول ما يوجب الاشهاد وادعى المالك تعديها وتقصيره في الاشهاد والحكم
في المسألتين واحد **قوله** ويجب اعادة الوديعة على المودع مع المطالبة اه اذا طلب المالك الوديعة
وهي باقية وجب على الودعي ردها عليه في اول اوقات الامكان لا بمعنى مباشرته للرد وحمل
مؤنته كما يظهر من العبارة بل بمعنى رفع يده عنها والتخلية بين المالك وبينها فان كانت في
صندوق مقفل فتحه عليه وان كانت في بيت محرز فكذلك وهكذا والمراد بالامكان ما
يعم الشرعي والعقلي والعادي فلو كان في صلاة واجبة اتمها او بينه وبينها حائل من مطر
مانع ونحوه صبر حتى يزول وفي قضاء حاجته الى ان تنقضي الضرورة منها ويعتبر في الذهاب
مجرى العادة ولا يجب الركض في المشي وان امكن وهل يعد اكمال الطعام والحمام وصلاة النافلة
وانقطاع المطر الغير المانع عذرا وجهان واستقرب في التذكرة العدم مع حكمه في باب الوكالة
بانها اعذار في رد العين اذا طلبها الموكل وينبغي ان يكون هنا اولى ومثله التأخير ليشهد
عليه عذر وقيل لا لدفعه تهمة النزاع واليمين لو انكر الرد وقيل لا لان قوله في الرد
مقبول فلا حاجة الى البينة ولان الوديعة مبنية على الاخفاء غالبا وفصل آخرون
حسنا فقالوا ان كان المالك وقت الدفع قد اشهد عليه بالايداع فله مثله لدفع
التهمة وان لم يكن اشهد عليه عند الدفع لم يكن له ذلك وحيث يؤخر الرد مع امكانه يكون ضامنا
لانه من اسباب التقصير ولو كان لعذر وجب المبادرة في اول اوقات زواله **قوله**

ولو

ولو كان كافرا اه يشمل اطلاق الكافر الحربي وغيره من انواع الكفار ممن يجوز اخذ ماله فان الوديعة مستثناة
من ذلك عملا بموجب الامانة وقد قال الله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى
اهلها ولرواية الفضيل عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل استودع رجلا من
مواليك مالا له قيمة والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على ان لا يعطيه شيئا
والمستودع رجل خارجي شيطان فلم ادع شيئا فقال قل له رده عليه فانه ائتمنه عليه بامانة
الله وقال الحسين الشيباني للصادق عليه السلام ان رجلا من مواليك يستحل مال بني امية
ودماءهم وانه وقع لهم عنده وديعة فقال عليه السلام ادوا الامانات الى اهلها وان كانوا مجوسا
فان ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا فيحل ويحرم وفي معناهما اخبار كثيرة وقال ابو الصلاح
اذا كان المودع حربيا وجب على المودع ان يحمل ما اودعه الى سلطان الاسلام والمشهور
بين الاصحاب هو الاول ولا نعلم فيهما مخالفا غيره **قوله** الا ان يكون المودع غاصبا لها فيمنع
منها ولو مات وطلبها وارثه وجب الانكار وحيث عادت الى المغصوب منه ان عرف وان جهل
عرفت سنة ثم جاز التصدق بها عن المالك ويضمن المتصدق ان كره صاحبها اه هذا هو
المشهور بين الاصحاب ومستنده رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام والطريق
ضعيف ولكنه عندهم مجبور بالشهرة واوجب ابن ادريس ردها الى امام المسلمين فان
تعذر ابقاها امانة ثم يوصي بها الى حين التمكن من المستحق وقواه في المختلف وهو حسن
وان كان القول بجواز التصدق بها بعد اليأس والتعريف متوجها ايضا كما في كل مال يئس
من معرفة صاحبه لان فيه جمعا بين مصلحتي الدنيا والآخرة بالنسبة الى مالكها فانه
لو ظهر ثم لم يرض بالصدقة فلا ضرر عليه وذهب المفيد رحمه الله الى انه يخرج خمسها
لمستحقه والباقي يتصدق به ولم يذكر التعريف وتبعه سلار و[illegible]
التخيير بين الصدقة بها وابقائها امانة وليس له التملك بعد التعريف هنا وان جاز في اللقطة
وربما احتمل جوازه هنا على الرواية فانه جعلها فيها كاللقطة وهو ضعيف ويمكن ان يريد بها انها

وان كانوا مجوسا

منزّل له منزلة اللقطة في وجوب التعريف لها مطلقاً ولم يذكر من عمل بالرواية جواز التملك وكان يجب
على الوارث يجب على المودع لاستوائهما في عدم كل استحقاق وتخصيص المصنف بالوارث لا وجه له
وانما يجب منع الغاصب منها مع امكانه فلو لم يقدر على ذلك سلمها اليه وفي الضمان ح نظر
والذي تقتضيه قواعد الغصب ان للمالك الرجوع على ايهما شاء وان كان قرار الضمان على الغاصب
قوله ولو كان الغاصب مزجها بماله ثم اودع الجميع فان امكن المستودع تمييز المالين رد عليه
ماله ومنع الآخر وان لم يمكن تمييزهما وجب اعادتهما على الغاصب هكذا اطلق المصنف وجماعة
الاصحاب ووجهه ان منعه منهما يقتضي منعه من ماله لان الفرض عدم التمييز وهو غير جائز
ويشكل بان في الرد تسليطاً للغاصب على مال غيره بغير حق وهو غير جائز ايضاً ولا يقوى رده
على الحاكم ان امكن ليقسمه ويرد على الغاصب ماله فان تعذر وكان مثلياً وقدر حق الغاصب
معلوماً احتمل قوياً تولي الودعي القسمة جمعاً بين الحقين والقسمة هنا اجبارية للضرورة
تنزيلاً للودعي منزلة المالك حيث قد تعلق به ضمانه والحسبة ولو لم يكن كذلك بان امتزج
على وجه لا يعلم القدر اصلاً ففيه اشكال ويتوجه ح ما اطلقه الاصحاب ان لم يكن فيه اعانة الغاصب
على وجه يمكن فيه الاطلاع على الحق ويحتمل عدم جواز الرد مطلقاً مع امكانه الى ان يعترف الغاصب
بقدر معين او تقاسم لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه مع تعلق الودعي بالحقين وليس في
كلام الاصحاب هنا شيء منقح قوله في موجبات الضمان وينظمها قسمان التفريط والتعدي

في موجبات الضمان

والفرق بينهما ان التفريط امر عدمي وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه والتعدي امر
وجودي وهو فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه قوله وكما لو طرحها فيما ليس بحرز اي
طرحها فيه وذهب عنها اما لو بقي مراعياً لها بنظره لم يعد تفريطاً لان العين حرز الا ان
يكون المحل صالحاً لوضعها فيه بحيث يخاف عليها وهو نوع آخر من التفريط قوله او ترك نشر الثوب
الذي يفتقر الى النشر كما يجب عند الاطلاق سقي الدابة وعلفها ونحو ما فيه بقاؤها
كذا يجب في كل وديعة فعل ما يقتضي بقاءها ودفع ما يقتضي فسادها كنشر الثوب وطيه

وتعريضه للهواء في كل وقت يفتقر اليه بحسب عادته حتى لبسه لو لم يندفع ضرره الا به فان اخل
بذلك ضمن سواء اذن المالك فيه ام سكت لان الحفظ واجب مطلقاً ولا يتم الا بما يتوقف عليه اذا كان
مقدوراً نعم لو نهاه المالك عن ذلك لم يلزمه الضمان وان جاز له حفظ المال وقد تقدم مثله
في نفقة الدابة ولو افتقر فعل ذلك الى اجرة فالحكم فيها كالنفقة من وجوب مراجعة المالك او الحاكم
ثم تولي ذلك بنفسه والرجوع بها مع نية الرجوع كما تقدم قوله او يودعها من غير ضرورة ولا اذن
لا فرق في عدم جواز ايداعها من دون اذن مالكها وعدم الضرورة بين ان يودعها زوجته
وولده وعبده وغيرهم ولا بين الثقة وغيره ولا بين ان يجعل ذلك الغير مستقلاً بها او شريكاً
في الحفظ بحيث يغيب عن نظره وهو موضع وفاق ولانه تصرف في مال الغير بغير اذنه لان
المالك لم يرض بيد غيره وامانته وفي حكم مشاركة غيره في الوديعة وضعها في محل مشترك في
التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الاوقات سواء كان خارجاً عن داره ام غير خارج نعم لو
كان يضعها فارقته لضرورة ثم يحفظه من ثبوته ويلاحظ المحرز في عوده اتجه في التذكرة
اعتقاده لقضاء العادة به ولانه لساع عند الحاجة ولو فوض الحفظ الى الغير للضرورة او
شركا ولم يحرز عنه ضمن واشترط المصنف في الضمان بالايداع شرطين احدهما عدم الضرورة فلو
حصل ضرورة الى الايداع بان خاف عليها من حرق او غرق او نهب او اراد سفراً وتعذر
ردها الى المالك او وكيله دفعها الى الحاكم ولا يسمى ذلك ايداعاً فان تعذر اودعها العدل
وهذا هو الخارج بالقيد فلا يحرم ايداعها للضرورة ابتداء بل على الوجه الذي فصلناه و
سيأتي في كلامه التنبيه عليه والثاني اذن المالك في الايداع فيجوز ح على حسبما اذن
مرتبة ووصفاً فلا ضمان نعم كالايداع كما لو اذا خالف المعين مطلقاً او الوصف بغير ما هو
مادونه قوله او يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وامنه من جملة اسباب التفريط السفر
بالوديعة من غير ضرورة ولا اذن المالك سواء كان الطريق آمناً ام مخوفاً فاذا اراد السفر
وجب عليه ردها على المالك او وكيله كما مر فان تعذر فعلى الحاكم فان تعذر اودعها العدل

فان فقد فاما ان يخاف عليها مع ابقائها في البلد او لا فان خاف جاز السفر بها كما سيأتي وهو الموافق
لمفهوم العبارة هنا وان لم يخف عليها فمفهوم قوله كذلك اي كالسابق وهو عدم الضرورة و
الاذن انه لا يجوز السفر بها ح وهو كذلك لان الاذن مع الاطلاق انما تناول الحفظ في الحضر
عملاً بالعادة ولان السفر بها ح مخاطرة بها لغير حاجة ولا فرق في الضرورة بين تعلقها بالوديعة
كالخوف عليها او بالودعي كما لو اضطر الى السفر فانه يجوز ان يسافر بها ح مع تعذر ايصالها
الى من ذكر سابقاً وقد ادعى في التذكرة الاجماع على جواز السفر بها ح والمعتبر في تعذر
الوصول الى المالك او وكيله والحاكم المشقة الكثيرة وهو المعبر عنه بالتعذر عرفاً لا معناه
لغة فلا يلزم تحمل ما يتضمن ذلك من الحرج والضرر المنفي واما السفر فالاولى حمله على
العرفي ايضاً لا الشرعي وعلى هذا يجوز استصحابها في ترددات في حوائج حدود البلد وما
قارب البلد التي لا تعد للاشتغال بها سفراً مع امن الطريق فلا يجوز ايداعها في مثل ذلك
مع امكان استصحابها كما لا يجب ردها على المالك ولهم في التذكرة انه لو سافر لغير ضرورة
يجوز استصحابها مع التزامه الضمان وعجزه عن ايصالها الى المالك او من يقوم مقامه و
ايداعها الثقة والاجود المنع واستثنى من عدم جواز السفر بها اختياراً ما لو اودعه حال
السفر او كان المستودع منتجعاً فانه يجوز السفر بها من غير ضمان لقدوم المالك على ذلك
حيث اودعه على تلك الحال وليس على المستودع ح ترك السفر لاجلها وكان هذا
في معنى الاذن في السفر بها بدلالة القرائن الحالية قوله وطرح الاقمشة في المواضع التي تعفنها
اي طرحها كذلك مدة يكون فيها تعفنها اما لو وضعها فيها مدة يقطع فيها بعدم الضرر فلا
يعد ذلك تفريطاً ومثله وضع الكتب في المواضع التي تفسدها بالنداوة ونحوها والمرجع
في ذلك كله الى كون مثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفاً بحسب المدة التي يبقيها
فيها ويمكن اعتبار كونه حرزاً لها مطلقاً ولا يجوز وضع الثوب في موضع يعفنه وان عزم
على نقله قبل الفساد نظراً الى انه ليس بحرز له عادة قوله وكذا لو ترك سقي الدابة وعلفها

مدة لا تصبر عليه في العادة فماتت به احترز به عما لو ماتت بغيره فانه لا يضمنها ولكن لو
كان بها جوع سابق وعطش ولا يعلم بها فماتت بما يجيء لولا التقصير لما ماتت ولو كان عالماً
فوجهان وجزم في التذكرة بالضمان ولو لم تمت بل نقصت خاصة ضمن النقص ولو لم يحصل شيء دخلت
في ضمانه بسبب التفريط واعلم ان الواجب علفها او سقيها بحسب المعتاد لامثالها والنقصان
عنه يعد تفريطاً سواء صبرت عليه ام لا ومتى عد تفريطاً صار ضامناً لها وان ماتت بغيره
هذا هو الذي تقتضيه قواعد الوديعة وح فتعليق المصنف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدة
لا تصبر عليها عادة ان اريد به هنا المعنى فلا اشكال وهو من الحيثية لكن يشكل اختصاص حكم
الضمان بموتها به مع كونها قد صارت مضمونة بالتفريط ومن شأن المضمون بانه لا يفترق
الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره وسيأتي له نظائر كثيرة في كلام المصنف وغيره وان
اريد به معنى آخر اخص مما ذكرناه كما هو الظاهر اشكل الحكم مما سبق ومن توقف الضمان على
ترك ذلك هذه المدة مع ان الواجب القيام بالمعتاد منه وبتركه يتحقق التفريط وفي عبارة
العلامة ما هو ابلغ مما هنا فانه قال في التذكرة لو امتنع المستودع من ذلك وعين به العلف والسقي
حتى مضت مدة تموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظر ان ماتت ضمنها وان لم تمت دخلت في
ضمانه وان نقصت ضمن النقصان فان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها هذه عبارته وقد
علق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدة تموت فيها عادة لا على زيادة عن المعتاد
ولا زيادة عما تصبر عليه عادة قوله في التعدي مثل ان يلبس الثوب او يركب الدابة المراد به
لبسه للانتفاع به او من غير قصد اما لو توقف حفظه على لبسه كثياب الصوف التي يفسدها الدود
حيث لا يندفع بنشره وعرضه على الريح والهواء لم يكن تعدياً بل يكون واجباً كما مر ونحوه و
كذا الحكم في ركوب الدابة كما لو توقف نقلها الى الحرز او سقيها ونحوه على ركوبها فانه يجب فضلاً
عن الجواز وفي حكم لبس الثوب الموجب للضمان النظر في الكتاب المودع له وكذا النسخ منه بطريق
اولى قوله ولو طلبت منه وامتنع من الرد مع القدرة ضمن قد تقدم ان المراد بالرد الواجب عليه

رفع يده عنها وتمكين مالكها منها بفتح القفل والباب ونحو ذلك لا مباشرة الرد وان المراد بالقدرة ما يشمل
القدرة شرعا فان تمكن كان في غير وقت الصلاة وقد استقر عليه ان يفرغ الحريم قطعها ولا يعذر في
التعقيب المعتاد ولا في اكمال النافلة ولا في الليل الى ان يصبح الا ان يكون في محل يشق اخراجها
منه فيعاده ونحو ذلك قوله وكذا لو جحدها ثم قامت عليه بينة او اعترف بها انما كان الجحود
موجبا للضمان لانه خيانة حيث انه بانكاره يزعم انه ليس عليها يد نيابة عن المالك فلا يكون
امينا ويعتبر في تحقق الضمان امور أ ان يكون بعد طلب المالك لها منه فلو جحدها ابتداء
او عند سؤال غيره لم يضمن لان الوديعة مبنية على الاخفاء فانكاره لا بعد طلبه يوجب الرد اقرب الى
الحفظ ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها او قال لي عندك وديعة فانكر ففي الضمان قولان
احدهما العدم اختاره في التذكرة لانه لم يمسكها لنفسه ولم يقصر بترك عليها بغير رضا المالك حيث لم
يطلبها ومجرد السؤال لا يبطل الوديعة ولا يرفع الامانة بخلاف الطلب والثاني ثبوته لان جحوده
يقتضي كون يده لمستحق المالك لان نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازم
فلا يكون امينا عنه فيضمن واختاره المحقق الشيخ علي وهو متجه ب ان لا يظهر لجحوده عذرا
بنسيان او غلط ونحوهما فانه لا يضمن ان صدقه المالك على العذر وكذا في الضمان في
جهان واستقربه في التذكرة الضمان ووجههما يعلم مما سلف وان كان عدم الضمان لا يخ
من وجه ج ان لا يكون الجحود لمصلحة الوديع بان يقصد دفع الظالم او متغلب على المالك
ونحو ذلك لانه محسن وما على المحسنين من سبيل قوله ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز
لا فرق بين خلطها بالاجود والمساوي والاردى لاشتراك الجميع في العدوان الناشي
من التصرف في الوديعة تصرفا غير مشروع وتعييبها بالمزج المقتضي للشركة المفضي الى
المعاوضة على بعضها بالعوض القهري بغير رضاه ولان الشركة عيب فكان عليه الضمان
ونبه بقوله خلطها بماله على انه لو خلطها بمال المالك لم يضمن وليس كذلك بل يضمن على الاقوى
ولا فرق هنا ايضا بين ان يكون المالان عنده وديعة فيمزج احدهما بالاخر وكون الاخر ماله

بغير

بغير الوديعة وغصبا لصدق التصرف المنهي عنه في ذلك كله وربما كان للمالك غرض في الامتياز
ويمكن ان يكون الضمير في ماله عائدا الى المودع والمستودع والحكم فيهما صحيح الا ان في عوده الى كل
واحد اخلالا بالاخر واستعماله فيهما على وجه الاشتراك بحيث يشملهما معا يحتاج الى تكلف وتجوز
ولا وجه لعوده الى المستودع خاصة كما ذكرناه لان خلطه بمال المودع يشمله الكلام فيه
في العبارة في مادة مخصوصة وهو كونهما معا وديعة ولا فرق في الحكم بين الوديعة وغيرها
ويفهم من قيد الحيثية بعدم التميز انه لو تميز المالان لا يضمن والحكم فيه كذلك ان لم يستلزم
المزج تصرفا اخر غير المزج منهيا عنه كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك فالضمان
المنفي على تقدير الامتياز من حيث المزج وان اوجب الضمان من حيثية اخرى قوله ولو
اودعها في كيس مختوم ففتح ختمه لا فرق في فتح الختم بين ان ياخذ شيئا من الكيس وعدمه
ولا في الختم بين ان يكون مشتملا على علامة للمالك وعدمه لاشتراك الجميع في هتك الحرز و
التصرف المنهي عنه ومثله الصندوق المقفل وكذا ما اشبه الختم مما يدل على قصد المالك
الاخفاء كالربط والشد لا ما يقصد به مجرد المنع من الانتشار كما في الخيط والربط الذي
يشد به رأس الثياب والرزمة ومنها او الفارق بين الامرين القرائن وفي حكم القفل
والختم الدفن ولو اودعه شيئا مدفونا فنبشه ضمن ونبه بقوله في كيس مختوم على
ان الختم المانع من تصرف المستودع هو ختم المالك فلو كان من المستودع لم يضمن
لانه لا هتك فيه ولا افتتان على فعل المالك هذا اذا لم يكن الختم بامر المالك
ولو كان ختم المالك وحيث يضمن بالفتح يضمن ما في الظرف وفي ضمانه
للظرف وجهان اجودهما ذلك للتصرف فيه المنهي عنه واستقربه في التذكرة العدم
لانه لم يقصد الخيانة في الظرف وضعف بان الخيانة لا دخل لها في الضمان بل التصرف
وقد استشكل فيها حكم ما لو فتح الكيس المختوم او وزنها او ذرع الثوب مع ان
مقتضي طلبه عدم الضمان لو لم يفتح الكيس المختوم لكن يحب الختم فهو كفض الختم وفي ضمانه

الرزمة الكارة من الثياب والجمع رزم مثل سدرة وسدر ورزمت الثياب ...

الظرف ايضا ولو كان الخرق فوق الختم لم يضمن الا نقصان الخرق قوله وكذا لو اودعه كيسين فمزجهما لم يعتد
المزج هنا يكون على وجه لا يتميز احد المالين عن الاخر اما لاشتراكهما في ذلك او لكون المزج في الغالب
منه ذلك او اراد تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج لاستلزامه التصرف في المالين بغير اذن المالك حيث
اقتضى اخراج احدهما من كيسه وصبه على الاخر والظاهر انه يضمن المخرج مطلقا واما الاخر فان كان في
ضمنه او لا مع بقاء التمييز لانه لم يحدث فيه تصرف وانما هو في احتمال الضمان مطلقا وهو قول لبعض
الاصحاب وهكذا كله اذا كان الكيسان للمودع اما لو كانا للمستودع فلا ضمان مع بقاء التمييز لان
له نقل الوديعة من محل الى غيره ولم يتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه او لا وقد تقدم انه
لا فرق بين كون الكيس وديعا او احدهما امانة غيرها او غصبا قوله وكذا لو امره باجارتها
لحمل خفيف فاجرها لاثقل او لاسهل فاجرها الاشق كالقطن والحديد لا اشكال في الضمان هنا
مع استعمال المستاجر لها في الاثقل لانه تعد محض من المستودع ومع تحقق مجرد العقد يحتمل
ذلك لتسلطه على الانتفاع المعدود فيخرج عن كونه امينا كما يضمن بجحوده بل بمجرد نيته على قول
مع عدم فعل ما يوجب الضمان وعدمه كما لو نوى الخيانة او التفريط او قال انه يفعل ذلك ولم يفعل
ولما اقف في ذلك على شيء يعتد به والمراد من الاشق في المثالين ان الحديد اشق عند سكون
الهواء والقطن اشق عند الهواء ومن ثم جمع بين المثالين ثم المضمون على تقدير المخالفة هو الجميع على
التقديرين لتحقق العدوان في ذلك كالانتفاع مع احتمال التقسيط خصوصا في حمل الاثقل لان
القدر المأذون فيه ليس بمضمون وانما تعدى بالزائد فيقسط عليهما او على هذا فيعتبر
في الاخر ما يساوي المأذون فيه من الضرر مع احتمال ضمان الجميع واجرة المثل لان مجموع الحمل غير
مأذون فيه بخلاف الاثقل اذا كان الثقل حسنه للحجم بزيادة المقدار مع اتحاد الجنس كما اذا اذن له
في حمل قفيز فاجره لقفيزين وسيأتي مثل هذا الاشكال في باب الاجارة وضمان الجميع قوي
مطلقا قوله ولو جعلها المالك في حرز مقفل ثم اودعها ففتح المودع الحرز واخذ بعضها
ضمن الجميع ولو لم يكن مودعا عنده في حرز المودع فاخذ بعضها ضمن ما اخذه الفرق بين الامرين واضح

اذا كانت مودعة في حرز له

فانه في الاول تعدى بنفس فتح الحرز المقفل من المالك فضمن الجميع كما تقدم وان لم ياخذ منه شيئا فاذا
اخذ اوليها ما اذا لم يكن مودعا في حرز فلم يحصل منه تعد الا فيما اخذه وكذا اذا كانت في حرز
للمودع فانه لم يحدث في كل وقت لانه لا تعدي حصل فلا يد مال المودع بالكسر بل في ماله فلا يضمن من
هذه الحيثية وانما يضمن من جهة الاخذ فهو مقصور على الماخوذ ويستثنى منه ما اذا اشترط
المستودع بامر المالك فانه يصير حرزا لغير ما احرزه المالك ولا فرق في ضمان الماخوذ
بين ان يصرفه في حاجته وعدمه لان الاخراج على هذا القصد خيانة وعلى هذا فلو
نوى التصرف في الوديعة عند اخذه بحيث اخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقا
لانه لم يقبضها على وجه الامانة بل على سبيل الخيانة وفي تاثير النية في استدامة الاخذ
يؤثر في ابتدائه وجهان من ثبوت النية في الموضعين مقترنا بالنية الموجب للضمان ومن انه
لم يحدث فعلا مع قصد الخيانة والشك في تاثير مجرد القصد في الضمان وتردد في التذكرة
ويتحقق ذلك في صور منها ان ينوي الاخذ لم ياخذ او الاستعمال ولم يستعمل او ان لا
يرد الوديعة بعد طلب المالك ولم يتلفظ بالجحود ونحو ذلك وقد جزم المصنف فيما سبق بانه لو نوى
الانتفاع لا يضمن بمجرد النية قوله ولو اعاده بدله لم يبرأ ولو اعاده ومزجه بالباقي ضمن الجميع
ولو اعاده بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجا لا يتميز ضمن الجميع انما لم يبرأ باعادة البدل
لانه لم يتعين ملكا للمودع اذ لا يحصل الملك الا بقبضه او قبض وكيله والمستودع ليس و
كيلا له في تعيين العوض وان كان وكيلا له في الحفظ فاذا
مزج ما جعله بدلا بالباقي بحيث لا يتميز فقد خلط الوديعة بماله وقد تقدم ان ذلك مما
يوجب الضمان ولو لم يكن متميزا فالباقي غير مضمون اذ لم يحصل فيه تعد ولو اعاد عين الماخوذ
لم يزل الضمان عنه لان زواله الرجوع عن كل تفريط وتعد ولا يتعدى الى الباقي وان مزجه به
بحيث لا يتميز لان الجميع مال المالك بسبب ان بعضه مضمون وبعضه غير مضمون وان
هذا الاختلاط كان حاصلا قبل الاخذ وعلى هذا لو كان الجميع عشرة دراهم واخذ منها درهما

ثم ردّه اليها وتلفت بغير تفريط لم يلزمه الا درهم ولو كان منها خمسة لزمه نصف درهم وهكذا قوله
يجوز السفر بالوديعة اذا خاف تلفها مع الاقامة ثم لا يضمن ٥ انما يجوز السفر بها مع الخوف عليها
مع تعذر ردها على المالك او وكيله او الحاكم او ايداعها الثقة حيث لا يكون في ايداعها خطر عليها فلو
قدر على احدهم لم يكن له السفر بها وان خاف عليها نعم لو خاف عليها على تقدير ايداعها سقط وجوبه
وجاز السفر بها بل يجب حينئذ معه لان حفظها واجب فاذا لم يحصل الا بالسفر وجب من باب
المقدمة وقد تقدم الكلام في ذلك والمصنف اه لم يعتبر بالجواز والظاهر انه اراد به معناه الاعم فلا ينافي
الوجوب اذ لا يجوز تركها مع الخوف عليها الا ان نقول بان السفر لا يجب عليه لاجلها وان خاف تلفها بل يدري
بل ان اختار السفر وجب عليه استصحابها ولا يكون السفر واجبا وان تحقق مصلحتها ان اختاره فيصح
اطلاق جواز السفر بها وبهذا المعنى صرح بعض الاصحاب وكلامه في ... بل قال في التذكرة انه لا نعلم فيه
خلافا قوله ولا يجوز السفر مع ظهور امارة الخوف فلو سافر والحال هذه ضمن ٥ هذا من تتمة الحكم
السابق ومحصله ان السفر بالوديعة حيث يسوغ لضرورة تارة وضرورة انما يجوز مع أمن الطريق ولو كان
مخوفا او ظهرت امارة عليه مفيدة لظن الخوف لم يجز ولو سافر والحال هذه ضمن لانه تغرير بها حيث
لم يعرض الخوف عليها في الحضر يكون قد تعارض خطران فيترجح اللازم لان السفر نفسه خطر فاذا
انضم اليه امارة الخوف زاد خطره على الحضر قوله لا يبرأ المودع الا بردها الى المالك او وكيله فان
فقدهما فالى الحاكم مع العذر ومع عدم العذر يضمن فلو فقد الحاكم وخشي تلفها جاز ايداعها من ثقة
ولو تلفت لم يضمن ٥ لما كانت الوديعة من العقود الجائزة جاز للمستودع ردها في كل وقت لكن
مع وجود المالك او وكيله في قبضها او مطلقا بحيث يشاولهما فيردها عليه ولا يبرأ بردها
الى الحاكم لانه لا ولاية له على الحاضر الرشيد فان فقدهما واراد ردها على الحاكم وكان بحاجة
الى ذلك كان عجز عن حفظها او عرض له خوف يقتضي مع التستر المنافي لرعايتها او خاف
عليها من السرقة او الحرق او النهب ونحو ذلك من الضرورات جاز له دفعها الى الحاكم لان له ولاية على
الغائب على هذا الوجه فان تعذر اودعها الثقة ولا ضمان فيهما لمكان الحاجة ولو لم يكن له عذر
لم

يقال له

وانما يجب

لم يجز دفعها الى الحاكم ولا الى ايداعها الثقة وان كان له فسخ الوديعة لانه قد التزم الحفظ فلا يبرأ الا بدفعها
الى المالك او وكيله ولان المالك لم يرض بيد غيره ولا ضرورة له الى اخراجها من يده فليحفظها
الى ان يجد المالك او يتجدد له عذر هكذا ذكره الاصحاب لا نعلم فيه خلافا بينهم ووافقهم
جماعة من العامة واجاز بعضهم دفعها الى الحاكم عند غيبة المالك مطلقا لانه يمين له وكيل
وليس بذلك البعيد على تقدير جواز دفعها الى الحاكم هل يجب عليه القبول كما اذا كان له
عذر ولم يجد المالك ولا وكيله وجهان من انه نائب عن الغائب وانه منصوب للمصالح
ولعلم يجب القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصيبه ومن اصالة البراءة والاقوى الاول والوجهان
آتيان فيما لو حمل اليه المديون الدين مع غيبة المدين او الغاصب المغصوب او بدله عند
تلفه وغير ذلك من الامانات التي يليها الحاكم قوله ولو فقد على الحاكم فدفعها الى الثقة
ضمن ٥ حيث يجوز له دفعها الى غير المالك ووكيله لتعذرهما سواء كان ذلك لسفر الودعي
مع العذر ام لارادة السفر الضروري يجب تقديم الدفع الى الحاكم على ايداع الثقة لانه وكيل
عام عن المالك فكان اولى فيضمن لو خالف الترتيب كما يضمن لو دفعها الى الحاكم مع امكان دفعها
الى المالك او وكيله الخاص وقد تقدم مرارا قوله اذا اراد السفر فدفنها ضمن الا ان
يخشى المعاجلة ٥ قد عرفت انه مع ارادة السفر يجب ردها الى المالك او وكيله فالضمان مطلقا
لانه لو دفعها الى الحاكم او اودعها الثقة ضمن فاذا دفنها كان تحمل معه ذهابها اساساً
بتفويتها فلا يصل مالكها اليها اولى وان تعذر الوصول الى المالك وامكن الوصول الى
الحاكم فكذلك وكذا لو تعذر دفنها في غير حرز او في حرز ولم يعلم بها الثقة او يعلمه ولم يكن
تحت يده بل يكون في منزل المستودع ولو كان الموضع بيد امين فهو كما لو اودعه مع
احتمال عدمه وهو ظاهر اطلاق العبارة لانه اعلام لا ايداع ولانه لا يلزم حفظها بمجرد الاعلام
بخلاف ما لو قبل الوديعة فانه يترتب عليه وجوب ملاحظتها ونقلها من الموضع الخطر
ونحو ذلك من لوازم الامانة وقطع في التذكرة بالاول وفي الثاني قوة هذا كله اذا لم يخش المعاجلة

ثم الى الحاكم ثم يودعها الثقة على تفصيل فيه
فاذا ترك ذلك واقتصر على
دفنها فان كان مع وجود
المالك او وكيله صح

عندهم

حيله

ودون فوت المعاجلة صح

قبل ايصالها الى من ذكر من المالك ومن ترتب عليه ولهذا جاز الدفن في موضع امين في كلام المصنف والجماعة
مطلقة وهي تحتمل امرين احدهما معاجلة السراق قبل ذلك وهو صحيح لان حفظها حينئذ لا يكون
الا بالدفن فيجب ويجزي لانه المقدور بعد ان يكون في حرز مع الامكان والا فيترجح في عدم الضمان
والثاني معاجلة الرفقة اذا اراد السفر وكان ضروريا والتخلف عنها مضر فانه يجوز دفنها في
حرز ولا ضمان عليه لمكان الحاجة قوله اذا اعاد الوديعة بعد التفريط الى الحرز لم يبرأ ولو جدد
المالك له الاستيمان بري وكذا لو ابرأه من الضمان ٥ انما لم يبرأ بالرد لانه قد صار بمنزلة الغاصب
بتعديه فيستصحب الحكم بالضمان الى ان يحصل من المالك ما يقتضي زواله ويتحقق ذلك
بامور منها ان يرده عليه ثم يجدد له الوديعة وهذا لا اشتباه فيه لانه وديعة مستأنفة يترتب
عليها احكامها التي من جملتها كون الودعي امينا ويمكن دخوله في قول المصنف جدد المالك له الاستيمان
ومنها ان يجدده له من غير ان يدفعها اليه بان يقول له اذنت لك في حفظها او اودعتكها
او استأمنتك عليها ونحو ذلك وقد جزم المصنف بعود الامانة بذلك ووجهه ان الضمان انما
كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه بايجاده ما يقتضي الامانة ويمكن بناء ذلك على ان
الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا فان المستودع هنا قد صار بتعديه بمنزلته
والمسألة موضع اشكال اذ لا منافاة بين الوديعة والضمان كما في الفرض المذكور فلا يزول
الضمان السابق بتجدد ما لا ينافيه مع عموم قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي
ووجه انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلا في حفظها وذلك يقتضي رفع الضمان لان
المستودع نائب عن المالك في الحفظ فكانت يده كيده وقبضه لمصلحته وكان المال في يده
كما اذا كان في يد المالك بخلاف الرهن ومنها ان يبرئه من الضمان وقد جزم المصنف ايضا
بالوجه فيه ما سبق من ان الضمان كان لحق المالك وقد اسقطه بالبراءة ويشكل بان معنى
الضمان ان العين لو تلفت وجب عليه بدلها والحال انها الان لم تتلف فيكون الابراء من الضمان
ابراء مما لم يجب ويمكن دفعه بان الضمان المسبب عن التعدي معناه حصول نفقة الودعي متعلقة
بالمالك

وقد البحث في نظائرها
في مواضع كالرهن
والقراض والاقوى
هنا زوال الضمان
صح

بالمالك يعني وجب الضمان الملك على تقدير تلفه ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته لا نفسه والساقط
بالابراء هو الاول لا الثاني وقد دلت على ان المراد من الضمان هو المعنى الاول انهم يحكمون عليه بمجرد
العدوان فيقولون صار ضامنا ولو فعل كذا ضمن ونحو ذلك مع ان لزوم البدل لم يحصل
بذلك وانما حصل وتتولد منه مترتبا وهذا معنى يمكن زواله بالبراءة بل هو متعلق البراءة واما
نفس البدل فلا يعبر عنه بالضمان والبراءة اذا تعلقت به فانما تكون من نفس المال لا من الضمان
الثابت بالعدوان واعلم ان ما ذكره من تعليق الحكم على اعادتها الى الحرز بعد التفريط على
سبيل المثال والا فالحكم متعلق بكل موضع يثبت فيه الضمان ثم يزيل ذلك السبب كان يلبس
الثوب ثم ينزعه بنية الخلاص او يخرج الدراهم لينفقها ثم يردها او ينظر في الكتاب ثم يطبقه
ويرده الى الحرز وغير ذلك من اسباب التعدي والتفريط التي حوت بها قوله ولو اكره على
دفعها الى غير المالك دفعها ولا ضمان هذا هو المشهور بين الاصحاب لضعف المباشر وقوة
السبب فيختص به الضمان ولاصالة براءة الذمة ولان تركه التسليم ضرر منفي فيباح
فلا يتعقبه الضمان لانه ماذون فيه شرعا وخالف في ذلك ابو الصلاح رحمه
الله فاوجب الضمان اذا سلمها بيده وان خاف التلف لان لحرزه المكره من الحرز بنفسه
محتجا بانه متلف بالتسلم فكان ضامنا ووافقه العلامة في التذكرة وجوابه قد علم مما
سبق فان التغرير والاذن الشرعي اسقطا الضمان ولان الاكراه صير فعله منسوبا الى
المكره لانه محسن فلا تسلط عليه على تقدير ضمانه فقرار على المكره وانما تظهر الفائدة
في جواز مطالبة المالك له بالعين او البدل قوله اذا انكر الوديعة او اعترف وادعى
التلف او الرد ولا بينة فالقول قوله ولمالكه احلافه على الاشبه ٥ الا الاشبه يمكن ان
يرجع الى قبول قوله في الاخير وهو الرد خاصة لانه موضع الاشكال من حيث ان الاصل
عدم الرد وعموم البينة على المدعي ومن حيث انه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك
وامين ولاصل براءة ذمته والمشهور قبول قوله فيه بيمينه هنا اذا ادعى ردها

بره

المصر

المشهور صح

ادعى صح

ضل

على من ائتمنه اما لو ادعى ردها على غير من ائتمنه كالوارث فعليه البينة لان الاصل عدم الرد وهو
لم يأتمنه فلا يكلف تصديقه ودعوى ردها على الوكيل كدعوى ردها على الموكل لان يده كيده و(اما)
اما انكار الوديعة فلا شبهة في قبول قوله فيه لانه منكر والاصل عدمها من غير معارض و(اما)
دعوى تلفها مع الاعتراف بها ابتداء فانه وان كان فيه مدعيا ومخالفا للاصل الا ان المشهور
قبول قوله فيه مع يمينه لانه امين فيقبل قوله على من ائتمنه ولا فرق في ذلك بين دعواه التلف
بسبب ظاهر كالحرق والغرق وخفي كالسرق لاشتراكهما في المعنى خلافا للمبسوط حيث فرق
فقبل قوله في الثاني دون الاول الا ان يكون معلوما بالمشاهدة او الاستفاضة عاما يمكن تناوله
له هذا اذا ذكر السبب ولو اطلق قبل قوله بيمينه ايضا وفي التذكرة نقل حكايته عن الشافعي
ولا بأس بهذا القول عندي وقال الصدوق في المقنع تقبل دعوى التلف والضياع بلا يمين
وعلى هذا فيمكن عود الاشبه الى قبول قوله في التلف بيمينه مطلقا فيكون ردا على القولين
والى اثبات اليمين خاصة والى قبول قوله مطلقا والى المجموع منهما ومن قبول قوله في الرد
قوله اما لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن فانكر فالقول قول المالك مع يمينه
لانه منكر للاذن فيقدم قوله فيه ولاصالة عدمه ولان المدفوع اليه لم يأتمنه فلا يقبل قوله
في الرد اليه كما لو ادعى الرد الى الوارث وكون المدعى الدفع اليه وكيلا للمودع غير
معلوم لان انكار الاذن في الدفع اليه اخرجه عن كونه وكيلا ومعه فاذا حلف المالك
نظر ان كان من ادعى الدفع اليه مقرا بالقبض وهي باقية ردت على المالك وان تعذر
ارتجاعها منه لغيبة او غيرها تخير المالك بين الرجوع عليه وعلى الودعي فان رجع على الودعي
رجع على المدفوع اليه ان كانت العين باقية فاذا استرجعها ردها على المالك واخذ
البدل الذي دفعه وان كانت تالفة لم يكن له الرجوع عليه لاعترافه بظلم المالك له باخذ
البدل فلا يرجع على غير من ظلمه وان كان منكرا للقبض الذي ادعاه المستودع فالقول قوله
بيمينه مع عدم البينة فيختص الغرم بالمستودع **قوله** ولو صدقه على الاذن لم يضمن وان ترك

الاشهاد

الاشهاد على الاشبه اختلف الاصحاب في ان من امر غيره بدفع الوديعة الى غير المالك او بقضاء
دينه ولم يشهد فانكر المدفوع اليه هل يضمن الدافع ام لا فقيل يضمن فيهما لان اطلاق الاذن
يقتضي دفعا مثبتا يمكن الرجوع اليه عند الحاجة فاذا ترك الاشهاد فقد قصر خصوصا
الدين فان الغرض منه براءة الذمة ولا تظهر الا بالاشهاد لان الغريم اذا انكر فالقول قوله وقيل
لا يجب الاشهاد فيهما ولا ضمان بتركه لان المأمور به هو الدفع وقد امتثله والتوثق امر
اخر زائد على اطلاق الامر وانما هو مطلوب من الامر والى هذا القول مال في المختلف وقيل يجب
الاشهاد في قضاء الدين دون الوديعة اما الدين فلما ذكر واما الوديعة فلانها امانة
وقول المستودع مقبول فيها في الرد والتلف فلا معنى للاشهاد لان الوديع يحتفظها بالاخفاء بخلاف
قضاء الدين واختار هذا القول في التذكرة وكثير من كتبه والمصنف رحمه الله اختار هنا عدم
وجوب الاشهاد على اداء الوديعة وفي الوكالة اختار التفصيل على تردد وفي التفصيل حسن
قوله اذا اقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار فصدقها ثم ادعى التلف قبل الانكار لم
تسمع دعواه لاشتغال ذمته بالضمان ولو قيل تسمع دعواه وتقبل بينته كان حسنا
وجه عدم السماع انه بانكاره السابق مكذب لدعواه اللاحقة فلا تسمع لتناقض كلاميه
فلا تتوجه بها يمين عليه ولا على المدعى عليه وكذا لا تسمع بينته لتطرق اولى كانه مكذب لها
ووجه ما حسنه المصنف من سماعها عموم الخبر وجواز استناد جحوده الى النسيان فيعذر
وهو خيرة التذكرة وفي المختلف منع من قبول بينته وسماع دعواه بمعنى قبول قوله بيمينه
لكن قال ان له احلاف الغريم وهو نوع من سماع دعواه وفي القواعد منعهما معا فصار
للعلامة في المسألة ثلاثة اقوال وفي المسألة قول رابع وهو انه ان اظهر لانكاره تاويلا
كقوله ليس لك عندي شيء يلزمني رده او ضمانه ونحو ذلك قبلت دعواه وسمعت بينته
وان لم يظهر له تاويلا لم يقبل واختاره الشهيد رحمه الله وهو حسن هذا كله اذا كان
الجحود بانكار اصل الايداع اما لو كانت صورته لا يلزمني شيء او لا يلزمني تسليم شيء اليك

او ما لك عندي وديعة او ليس لك عندي شيء فقامت البينة بها فادعى التلف او الرد سمعت
دعواه وبينته لعدم التناقض بين كلاميه وحينئذ فلما تقبل بينته ان شهدت بتلفها
قبل الجحود برئ من الضمان وان شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ومنع المالك عنها
قوله اذا عين له حرزا بعينه وجب المبادرة اليه بما جرت العادة فان اخر مع التمكن ضمن لما كان الواجب
على المستودع وضع الوديعة في حرز مع الاطلاق وفي المعين منه مع تعيينه وذلك شامل لجميع اجزاء
الزمان الذي يكون فيه مستودعا لزم وجوب المبادرة الى وضعها في الحرز ولو امره بوضعها في البيت
وكان خارجا عنه او في الصندوق كذلك لم يجب ابقاؤها بما معه الى ان يصل اليه كيف شاء بل يجب
عليه المبادرة بحسب العادة الى ايداعها ذلك المحل المعين فان اخر عن المبادرة والحال ضمن
مع التمكن منها وينبغي ان يراد بالتمكن هنا ما يعم الشرعي والعقلي فلو كان في وقت فريضة
قد ضاق بحيث يستلزم المبادرة فواتها ونحو ذلك عن غيره تمكن الى ان يتم الواجب المضيق
اما قضاء الوطر من الاكل والحمام وقضاء الحاجة التي لم تنحصر بمدة فلا تعد عذرا على ما يتفق
مع احتماله والكلام في بقاء الضمان مع عدم المبادرة وان وضعها بعد ذلك في المعين كما سبق
في التقصير ويتفرع على ذلك انه لو كان المعين البيت وله بيوت متعددة ووضعها في احدها
جاز نقلها الى الاخر ان لم يكن بينهما فاصل بعيد تجار حكما عنهما وان كان من توابع الدار ونحوها لم
يجز لان المرتبة في الفتر الخارج عنهما خروج عن مقتضى الامر من غير ضرورة ولو كان في البيت
صناديق جاز نقلها من بعض الصناديق الى بعض لانه لم يخرج بها عن البيت المعين ولو
كان المعين الصندوق ضمن باخراجها الا لعذر لما ذكرناه من العلة في نقلها من محل الى
اخر هذا اذا لم يكن التعيين مخصصا والا فالحكم بالضمان اوضح كل ذلك مع الاختيار اما مع الخوف
والحاجة الى النقل فلا ضمان **قوله** ولو سلمها الى زوجته لتحرزها ضمن قد عرفت ان
المستودع لا يجوز له الايداع اختيارا ولا اشتراك غيره في الاحراز ولا فرق في ذلك بين الزوجة
وغيرها عندنا بل يضمن مع عدم احرازه عنها وان لم يسلمها اليها اجماعا منا وبهذا ينبه على

خلاف

خلاف بعض العامة حيث جوز الايداع زوجته واخر منهم حيث جوز الاستعانة بها وبالخادم
فيما لبث حيث جوز الايداع من عليه نفقته قياسا على ماله وهو فاسد منقوض بالاجنبي
قوله اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها قيل تخرج من اصل تركته ولو كان له
غرماء وضاقت التركة حاصهم المستودع وفيه تردد هذا هو المشهور بين الاصحاب
ووجهه ان اعترافه بالوديعة في حياته اوجب ثبوت يده عليها والتزامه بها الى ان يردها
الى مالكها فاذا لم يعلم كان ضامنا لها لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولانه بتركه
تعيينها مفرط فيها فيضمن ولان الاصل بقاؤها في يده الى الموت وبعده فتكون في جملة التركة
فاذا تعذر الوصول الى عينها وجب البدل فتكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء والمصنف
تردد في هذا الحكم وتردده يحتمل امرين احدهما ان يكون في اصل الضمان فان اعترافه
بها في حياته انما يقتضي وجوب الحفظ ولا يلزم منه ترتب ضمانها فاذا مات ولم يعلم احتمل
تلفها قبل الموت بغير تفريط او ردها الى المالك والاصل براءة ذمته من الضمان وكون
التلف على خلاف الاصل معارض بهذا الاصل ولا سيما مع ما فيه من اتيانها اقتضاء اذا لم يحكم
ببقائها بتعلقها بالذمة والثاني ان يكون التردد في كيفية الضمان فان اصالة بقائها
اقتضى كونها في جملة التركة غايته انها غير مجهولة فيكون مالكها بمنزلة الشريك وكون
الشركة مرتبة لا تقدح في الحكم كمن امتزج ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات احدهما
فان الشركة تتحقق ويقسم الشريك بالحصة على غيره من الغرماء ولا انتقال الى البدل اذا
تعذرت العين انما يكون مع عدم العلم بوجودها في جملة المال ولا صعنا البدل لو
اصالة البقاء اوجبت ذلك والاولى انه ان علم بقاء عينها الى بعد الموت ولم تتميز
قدم مالكها على الغرماء وكان بمنزلة الشريك وان علم تلفها بتفريط فهو اسوة الغرماء
وان لم يعلم فلا ضمان اصلا لاصالة براءة الذمة واصالة بقائها الى الان لو سلمت لا تقتضي
تعلقها بالذمة وقد سبق مثل هذا البحث في الرهن والقراض **قوله** اذا كان في يده وديعة

فادعاها اثنان فان صدق احدهما قبل وان اكذبهما او كذب كل منهما وان قال لا ادري اقرت في يده حتى يثبت
لهما ما لكه وان ادعيا او احدهما علمه ليصح الدعوى كان عليه اليمين اذا ادعى كل من شخصين
على ثالث بان ما في يده من المال المخصوص وديعة له عنده فاما ان يقر لاحدهما او لهما معا
او يكذبهما على وجه القطع او يقول لا ادري لمن هي مع قطعه باختصاصها فيهما او يقول لا ادري
لمن هي فان اقر لاحدهما بعينه حكم بها المقر له ويحلف للاخر فان حلف سقطت دعواه عنه وبقيت
منازعته مع صاحبه فله احلافه ايضا فان حلف سقطت دعواه ايضا واستقر ملك المقر
له على العين ولو نكل الودعي عن اليمين لحلف المدعي على استحقاقها ان لم نقض بالنكول واغرم
الودعي له المثل او القيمة للحيلولة بينه وبينها باقراره الاول وتثنية اليمين المردودة منه
اقرار المنكر اذ لو اقر بها ثانيا للاخر لغرم له وكذا اذا حصل ما هو بحكم الاقرار ولو جعلنا ها
كالبينة من المدعي فهي منافية للاقرار او انتزاع العين من يد المقر له وجهان من سبق استحقاق
باقرار من هي في يده وكان اليمين الاخر لاصالة بقاء الحق وامكان الجمع بتغريم المقر البدل
ومن اقتضاء البينة كونها من شهدت له وكا ولي اقوى لانها انما تكون كالبينة بالنسبة الى
المتداعيين لا في حق غيرهما وكونها كالبينة في حق المدعى عليه يقتضي غرمه له عوض الحيلولة
بينه وبينها باقراره واليمين منهما هنا على البت لانها رجع الى الاستحقاق ونفيه ولو اقر بها
لهما معا على سبيل الاشتراك فقد كذب كل واحد في دعوى الجميع وصدقه في البعض فيقسم
بينهما ويكون حكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة الى الودعي وبالنسبة
اليهما يبقى النزاع بينهما في النصف فان حلفا او نكلا قسم بينهما وان حلف احدهما خاصة قضي له
به وللخصوصية للناكل مع المستودع وان اكذبهما معا انتفت دعواهما الان اليد له وكل منهما
احلافه على البت ايضا فان نكل عن اليمين ردت عليهما وصار في الدعوى سواء لانه بينهما كان
فان حلفا او نكلا قسمت بينهما وان حلف احدهما خاصة اختص بها وان قال هي لاحدهما ولا ادري
من هو على التعيين فان صدقاه على عدم العلم فلا خصومة لهما معه وتبقى الخصومة بينهما
والحكم كما في السابق لكن يحتمل جعلهما من ذوي اليد لا الخارج بخلاف الاول والفرق انه في الاول ايد احدهما
ولا اعتراف لذي اليد لاحدهما ايضا فهما خارجان عنها على التقديرين بخلافه هنا فان ذا
اليد يعترف بان ظاهر اليد لاحدهما وتظهر فائدة اليد وعدمها عند تعارض البينات على ما
سياتي ان شاء الله تعالى وان كذباه في عدم العلم وادعى كل واحد منهما علمه بانه المالك
فالقول قوله مع يمينه لكن الحلف هنا على عدم العلم وتكفي يمين واحدة على الاقوى لان المدعى
شيء واحد وهو علمه بكون المال المعين بخلاف السابق لان المدعى استحقاق كل واحد فحلفه له
وقيل يحلف لكل منهما يمينا لان كلا منهما مدع فيدخل في عموم الحديث السابق واذا حلف
لهما بقيت المنازعة بينهما ويحتمل هنا احتمال القرعة بينهما لتكافؤ الدعويين وتساويهما
في الحجة وهو يقتضي القسمة كذلك فلا يكون الامر مشكلا ولا ايقاف حتى يصطلحا فيرد
الاصطلاح عن انه ولو نكل عن اليمين وحلفا على علمه اغرم القيمة يجعل مع العين في ايديهما
لان يمينهما اقتضت ان يكون عالما بالعين لكل واحد بخصوصه وبانكاره حصلت الحيلولة
بين المستحق وحقه فوجب ان يغرم القيمة ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لاحدهما رجحان على
الاخر فيجعل العين والقيمة معا في ايديهما ولم يقسم بينهما الا بعد ذلك او يوقف حتى يصطلحا
او القول ويمكن ان يقال هنا ان القسمة بينهما تتوقف على حلفهما ثانيا بالاستحقاق لان اليمين الاولى
لم تتناوله وانما اثبتت غرم القيمة لهما ولو كان حلفهما ابتداء على الاستحقاق قسمت العين بينهما
فقط وان قال لا ادري اهي لاحدكما او لغيركما وادعيا عليه العلم فالقول قوله في نفيه كما
مر فاذا حلف تركت في يده الى ان تقوم البينة وليس لاحدهما تحليف الاخر لانه لم يثبت لهما
ولا لواحد منهما عليها يد ولا استحقاق بخلاف الصورة السابقة ولو نكل عن اليمين فهي تسليمها اليهما
مع حلفهما على الاستحقاق وغرامة لهما القيمة لو حلفا عليه احتمال لانحصار الحق فيهما
ظاهرا ولا منازع لهما الان ويحتمل العدم لعدم انحصار ذي اليد الحق فيهما ولم اقف في هذا
القسم على شيء يعتد به واعلم ان قول المصنف او نبت في يده يشمل القسمين الشاملين

على عدم علمه لغيرهما او حصرها فيهما مع اشتباه التعيين وما لو ادخل في الحكم مع حصرهما عنهما واقراره في
يده في الثاني جيد لانه امانة ولم يعين لها مالك يجب الدفع اليه والحق انه ليس منحصرا فيهما
لتوهم سقوط امانته بمطالبتهما لو اما الا ان يرد في القسم الاول فقيل انه كذلك لما ذكرناه
من كونه باقيا امانة ولم يتعين المالك وقيل انها تنزع من يده لانحصار الحق فيهما ومطالبتهما
اياه ويضعف بان المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجب معها التسليم وهنا ليس كذلك
فلا يترتب عليه رفع الامانة والقولان للشيخ والعلامة اختار ما اطلقه المصنف واستوجه في الحكم
رد الامر الى الحاكم وهو في القسم الاول حسن قوله اذا فرط واختلفا في القيمة فالقول قول المالك
مع يمينه وقيل القول قول الغارم وهو الاشبه القول الاول للشيخ رحمه الله محتجا بانه بالتفريط
خرج عن الامانة فلا يكون قوله مسموعا وقيل انه رواية ويضعف بانا لا نقبل قوله من جهة
كونه امينا بل من حيث انه منكر فيكون القول قوله كما ان المالك مدعي فتكون عليه البينة عملا
بعموم الخبر وهذا الحكم لا يختص بالامين بل الحق تعديه الى كل من شاركه في هذا المعنى وان
كان غاصبا والخبر لم يثبت على وجه يحصل به الحجة فالمختار قول المصنف وهو الاشهر
قوله اذا مات المودع سلمت الوديعة الى الوارث فان كانوا جماعة سلمت الى الكل او من
يقوم مقامهم ولو سلمها الى البعض من غير اذن ضمن حصص الباقين المراد بمن يقوم مقامهم و
كيلهم اجمع او وكيلهم او وصي مورثهم لو كانوا اطفالا او الحاكم مع غيبتهم او عدم وجود ولي خاص
لهم ويجب المبادرة الى التسليم المذكور لانها بموت المودع صارت امانة شرعية ولا فرق
في وجوب المبادرة بين علم الوارث بالوديعة وعدمه عندنا وقال بعض الشافعية انه مع علمهم
لا يجب الدفع الا بعد الطلب ونفي عنه في التذكرة الباس وهو وجيه الا انه لم يتحقق به قائل
منا وان كان القول به ممكنا لعدم تحقق الاجماع **كتاب العارية**
هي بتشديد الياء منسوبة الى العار لان طلبها عار قد ذكره الجوهري وابن الاثير في نهايته وقيل منسوبة
الى العارة وهي مصدر من قولك اعرته اعارة وعارة كما يقال اجاب يجيب اجابة وجابة واطاق
اطاقة وطاقة وقيل ماخوذة من عار يعير اذا جاء وذهب ومنه قيل للبطال عيار لتردده في
بطالته فسميت عارية لتحولها من يد الى يد وقيل ماخوذة من التعاور وهو الاعتوار ونحو ان
يتداوله القوم الشيء بينهم وقال الخطابي في غريبه ان اللغة العالية العارية وقد تخفف
قوله وهي عقد ثمرته التبرع بالمنفعة العقد اسم للايجاب والقبول وتعليق الثمرة عليه يقتضي ان
القبول لما كان شرطا في صحة العارية لم يتحقق الثمرة بدونه ان لها المعير فانه لو تبرع
بالعين واوقع الايجاب فرتبه الاخر لم يحصل الثمرة وان حصل التبرع بالمنفعة والمترتب على العقد
هو التبرع على وجه يثمر ذلك والاتم بدون القبول وينتقض في طرده بالسكنى والعمرى والحبس
الوصية بالمنفعة فان هذه كلها عقود ثمرتها التبرع بالمنفعة واجيب بانها في معنى العارية
وان كانت لازمة وغايته انقسام العارية الى جائزة ولازمة كالاعارة للرهن وفيه نظر لان
هذه العقود في الاصطلاح متباينة لاختلاف اللوازم والصيغ فادخال بعضها في بعض مجرد المشاركة
في بعض الخواص اصطلاح مردود ولو اضيف الى ذلك قيد الجواز فقيل ثمرته التبرع بالمنفعة
مع بقاء الجواز ونحوه خرجت هذه العقود وبقيت السكنى المطلقة فانه يجوز الرجوع فيها متى
شاء المالك كما سياتي وقد يلتزم فيها بانها عارية لتحقق المعنى فيها مطلقا ولا يقدح
الصيغة لان العارية لا تختص بلفظ بل كل ما دل على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعا والسكنى
المطلقة يقتضي ذلك ولكن يبقى العارية اللازمة خارجة فيحتاج ادخالها الى قيد اخر والتزام
جواز الرجوع فيها بالنسبة الى المستعير وانه لو شاء التسبب الى المرتهن وتظهر الفائدة في
وجوب السعي على الراهن في تخليصها ما امكن ووجوب المبادرة الى ردها عند الفك على الفور
بالمطالبة السابقة ولو قلنا انه لا اثر لها وانها لازمة من طرفه مطلقا انتفت هذه اللوازم
والاولى التعبير بعض التعريف اذ لا دليل على لزومها بهذا المعنى وكلم ان تجعلها عقدا
يقتضي اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين لان ذلك هو المفهوم من العقد وان لم ينحصر في
لفظ كما هو شان العقود الجائزة وقد يحصل في القبول هنا لا يتوقف على ما يكفي في العقود الفعلية كما

ذكروه في الوديعة والوكالة ونحوهما لكن يبقى ان ما حاصلا تحقق العقد بغير اللفظ به وهذا هو الظاهر
من عبارة كثير من الأصحاب لكن صرح في التذكرة بأنه لا يشترط فيها اللفظ في الايجاب ولا في القبول
بل يكفي ما يقوم مقامه من الأمور الدالة على الرضا محتجا بأنه عقد ضعيف لأنه يثمر اباحة
الانتفاع وقال وهي قد تحصل بغير عقد كما لو حسن ظنه بصديقه كفى في الانتفاع عن العقد وكما في
الضيف بخلاف العقود اللازمة فانها موقوفة على الفاظ خاصة اعتبرها الشرع انتهى وهو حسن
حيث يحصل الدال على الرضا بغير اللفظ كالكتابة والاشارة اما مجرد حسن الظن فيكفي في الصديق
كما ذكره مطلقا ويمكن الاكتفاء به فيما لو ثبت اباحة الاكل من البيوت حيث تكون المنفعة اقل
من الاكل المأذون فيه لدخوله بطريق اولى حيث ان الاكل يستدعي اتلاف العين والانتفاع
بالمكان ونحوه عارية ونحوها الا انها محدودة بمدة يسيرة عرفية واما في غير مخصوصية فلا
يدخل فيها الا ما كان أضعف منها لئلا يدخل من حيث المفهوم وما خرج عن ذلك يدخل في عموم
النهي عن تناول مال الغير والانتفاع به والمرجع في الصديق الى العرف ولا بد مع ذلك من عدم قرينة
الكراهة ولا يكفي انتفاء الكراهة لكثير مع تحقق الصداقة وقال في التذكرة في موضع آخر لا فرق
عندي بين ان تفتقر العارية الى لفظ بل يكفي قرينة الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الاعارة
ولا استعارة لا من طرف المعير ولا من طرف المستعير كما لو رآه عاريا فدفع اليه قميصا
فلبسه تمت العارية وكذا لو فرش لضيفه فراشا او بساطا او مصلى او حصيرا او القى اليه
وسادة فجلس عليها او مخدة فاتكأ عليها كان ذلك اعارة بخلاف ما لو دخل فجلس على الفراش
المبسوط لانه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه فقضاء بالظاهر وقد قال صلى الله عليه [وآله] نحن
نقضي بالظاهر ثم نقل عن بعض الشافعية الافتقار الى اللفظ قال والاقرب ما تقدم وقد جرت
العادة بالانتفاع بظرف الهدية المبعوث اليه واستعماله كأكل الطعام من القصعة المبعوث
فيها فانه يكون عارية لانه منتفع بملك الغير باذنه وان لم يوجد لفظ يدل عليها بل شاهد الحال
قوله وليس بلازم لاحد المتعاقدين ه كون العارية من العقود الجائزة لكل من المتعاقدين

فسخه

البيوت

فسخها متى شاء موضع وفاق لكن يستثنى منه مواضع أ الاعارة للرهن بعد وقوعه وقد تقدم الكلام فيه
ب اعارة الارض لدفن ميت مسلم ومن بحكمه فانه لا يصح الرجوع بعد الطم لتحريم نبشه وهتك حرمته
الى ان تندرس عظامه وهو موضع وفاق ايضا نقله في التذكرة اما لو رجع قبل الحفر او بعده قبل
وضع الميت صح وكذا بعد وضعه وقبل مواراته على الاقوى قاله في التذكرة ومؤنة الحفر اذا رجع
بعد الحفر وقبل الدفن لازمة لولي الميت ويشكل فيما لو لم يمكنه الدفن الا كذلك لحصول التغرير
منه ح فينبغي كونه من مال الميت ولا يلزم ولي الميت الطم لانه حفر مأذون فيه ج اذا حصل
بالرجوع ضرر بالمستعير لا يتدارك كما لو اعاره لوحا يرقع به السفينة فرقعها به ثم لجج في
البحر فانه لا يجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت في البحر لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب
المال او تلف النفس ويحتمل جوازه ويثبت له المثل او القيمة مع تعذر المثل لما فيه من الجمع
بين المصلحتين او يقال يجوز الرجوع وان لم يجب تعجيل التسليم اليه وتظهر الفائدة في
جواز المطالبة بالرد بعده والاجرة من غير مطالبة جديدة كما تقدم في الاستعارة للرهن
ولو لم يدخل السفينة البحر او خرجت جاز الرجوع قطعا ولو كانت داخلة لكن امكن رجوعها
الى الشاطئ وجب اذا لم يتوجه على صاحبها ضرر د ان يعيره حائطا ليضع عليه اطراف خشبه
مع كون الطرف الآخر مبنيا في ملك المستعير فانه اذا بنى وادى الرجوع الى خراب ما بناه
المستعير لم يجز عند الشيخ رحمه الله وان دفع الارش لانه يؤدي الى قلع جذوع من ملكه
مجبرا وهو غير جائز ه ان يعيره الارض للزرع فيزرع فليس له الرجوع قبل ادراكه وان
دفع الارش لان له وقتا ينتهي اليه وقد تقدم اليه في ابتداء الاعارة عند الشيخ
وابن ادريس او يعيره الارض ليغرس فيها او يبني مدة معلومة فانه لا يجوز الرجوع فيها
طول المدة ولو كانت غير موقتة فله الرجوع ذهب الى ذلك ابن الجنيد والاقوى في هذه
الثلاثة جواز الرجوع مطلقا مع دفع الارش وانما يستثنى من القاعدة المسائل الاول خاصة
وسيأتي ذكر بعضها في كلام المصنف وكانه ترك الاستثناء هنا اتكالا عليه قوله فلا

النبش بعد يجوز اندراس عظام الميت

اعارة الارض للغرس

والثمرة

يصح اعارة الصبي ولا المجنون ولو اذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة ه قد تقدم في البيع ان عقد
الصبي لا عبرة به وان اذن له الولي وانما جاز هنا لان العارية لما كانت جائزة ولا تختص بلفظ
بل كلما دل على رضا المعير وهو هنا الولي كان اذنه للصبي بمنزلة الايجاب فالعبرة ح باذنه
لا بعبارة الصبي وعلى هذا فلا فرق بين المميز وغيره وينبغي ان يكون المجنون كذلك لاشتراكهما
في الوجه فلا وجه لتخصيص الصبي بعد ذكرهما والمراد بالمعار هنا ملك الصبي فلا بد فيه
مراعاة المصلحة وتتحقق المصلحة بكون المستعير حافظا من يد الولي في ذلك الوقت
بخوف ونحوه او لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن المنفعة او تكون العين ينفعها الاستعمال
ولا يضرها تركه ونحو ذلك قوله وكما لا يليهما عن نفسه كذا لا يليهما عن غيره ه هذا اذا لم
يعلم المستعير بكون المالك اذن للصبي في الاعارة والا فينبغي جواز ولايته عن غيره على حد
ما سبق بمعنى ان العبرة باذن المالك ولا وجه لفصل الحكمين المتفارقين وان كان اطلاق منع
توليته عن غيره جيد من حيث انه متولي قوله ولكل الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع
بالمعار ه المرجع في العادة الى نوع الانتفاع وقدره وصفته فلو اعاره بساطا اقتضى فرشه
ونحوه من الوجوه المعتادة او لحافا اقتضى جعله غطاء ولا يجوز فرشه لعدم جريان العادة
~~لعدم جريان العادة~~ بذلك او حيوانا للحمل اقتضى تحميله وقد جرت العادة بكونه حمليا فلا
يجوز الزيادة او فرسا من شأنها الركوب فلا يجوز تحميلها وعلى هذا القياس ولو تعددت منفعة
العين فان عين نوعا تعين وان عمم جاز الانتفاع بجميع وجوهها وان اطلق فالاقوى انه
كذلك قوله ولو نقص من العين شيء او تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن الا ان يشترط
ذلك في العارية ه لما كان اطلاق الاذن او تعميمه يقتضي الانتفاع بالعين من غير تقييد بالكثير
والقليل اقتضى ذلك جواز استعمالها وان نقصت كالثوب يبلى والدابة تضعف على وجه
لا يمنع منه فاذا فرض حصول نقص في العين او تلف لم يكن ذلك مضمونا لاستناد التلف
الى ما اذن فيه ولو من جهة الاطلاق وما قطع به المصنف هو اصح القولين في المسألة وفيه وجه

وهو

كذا

بعدم ضمان المتلف في آخر حالات التقويم لان الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف وان كان داخلا
في الاطلاق نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن وسيأتي الكلام فيه قوله ولا يجوز للمحرم
ان يستعير من محل صيدا لانه ليس له امساكه وان امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه لا ريب
في عدم جواز استعارة المحرم الصيد من المحل والمحرم لما ذكره المصنف من تحريم امساكه عليه ولو استعاره
فعقد العارية فهل يقع العقد فاسدا يحتمل للنهي وعدمه لان المعاملات لا يبطلها النهي
الا بدليل خارج وعبارة المصنف غير دالة على احد الامرين صريحا لان عدم الجواز اعم من الفساد
كما ذكرناه فعلى تقدير قبضه له ان رده على المالك لزمه الضمان لله تعالى ويبرى عن حق المالك
وان تلف في يده فلا شبهة في ضمانه الفداء لله تعالى لانه ثبت عليه بمجرد امساكه كما في الصيد
الذي ليس بمملوك حتى لو كان المعير محرما ايضا فعلى كل واحد منهما فدا ومقتضى عبارة
المصنف وجماعة انه يضمنه مع التلف للمالك ايضا بالقيمة لانهم جعلوه من العواري المضمونة وان
لم يشترط فيها الضمان ودليله غير واضح اذ مجرد تحريم استعارته لا يدل على الضمان سواء قلنا
بفساد العقد ام لصحته اما مع صحته فالاصل في العارية عندنا ان تكون غير مضمونة الا ان يدل
دليل عليه ولم يذكروا هنا دليلا يعتمد عليه واما مع فساده فلان حكم العقد الفاسد حكم
الصحيح في الضمان وعدمه كما اسلفناه في موضع قاعدة كلية ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا
باطلاق النصوص بان المحرم لو اتلف صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكه وقد يحتج فيه عموم النزاع
وفيه نظر لمعارضته بالنص الصحيح الدال على ان العارية غير مضمونة وكما يمكن تخصيص الاول
بالصيد المأخوذ بغير اذن المالك يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد والترجيح غير واضح وزاد
في الدروس ان المحرم اذا قبضه من المالك وجب عليه ارساله وضمن للمالك قيمته وانه لو رده
على المالك ضمن لله تعالى الفداء وسقطت عنه القيمة للمالك ووجه الحكم الاول انه صيد
وحكمه بالنسبة الى المحرم وجوب ارساله لكن ذلك في المملوك موضع اشكال لتعارض حق الله تعالى
فيه وحق الآدمي والقاعدة المعروفة في ذلك تقديم حق الآدمي فينبغي رده على مالكه وضمان

يمكن ه

الغد الله تعالى كما ذكرناه ثانيا قوله ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل جاز لان ملك المحرم
زال عنه بالاحرام كما يأخذه من الصيد ما الذي يملك اذ الحكم بزوال ملك المحرم عن الصيد صار
فيه بمنزلة الاجنبي فاطلاق الجواز على اعارته يشكل من وجهين آ ان الاعارة شرطها
كون المعار ملكا للمعير وهو هنا منتف لما ذكره من زوال ملكه عنه ب انه يجب على المحل اعا
على الصيد واثبات سلطنة الغير عليه وهو محرم على المحرم فلا ينافيه اثبات الجواز ج انه يجب عليه
اذا كان محرما على المحرم يحرم قبوله من المحل للاعانة له على الاثم والعدوان المنهي عنه في القرآن
وان كان للمحل تناوله والصيد لولا ذلك والاقوى الحكم بتحريم الاعارة المذكورة لعين اثبات صحتها
وان كان الملك غير محقق ويحرم اخذ المحل له من يده للاعانة على المحرم لكن لو فعل ذلك لم
يلزم المحل سوى الاثم ولا شيء على المحرم عليه لزوال الملك وعلى المحرم الفداء لو تلف في يد المحل لتعديه
بالاعارة فانه كان يجب عليه الارسال ففي العبارة تسامح في اللفظ واشكال في الحكم
قوله ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان الضمان على الغاصب وللمالك الزام
المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع على الغاصب لانه اذن في استيفائها بغير
عوض والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب وكذا لو تلفت العين في يد المستعير
المستعير من الغاصب ضامن كما في كل من ترتبت يده على يده سواء كان عالما بالغصب
ام جاهلا على اصح القولين في المسألة لكن مع المستعير له الرجوع بما اغترمه للمالك لدخوله
على ان تكون العين والمنفعة غير مضمونة ويستثنى منه ما اذا كانت العارية مضمونة
فانه لا يرجع على الغاصب بالقيمة لو تلفت في يده ويرجع باجرة المنفعة اذا اخذها منه المالك
وكذلك يرجع بعوض النقصان قبل التلف لانه غير مضمون عليه وان كانت مضمونة كما
سيأتي ووجه ما اختاره المصنف من اختصاص الضمان بالغاصب حيث لا تكون العارية
مضمونة ان المستعير مغرور ضعفت مباشرته فكان السبب الغار اقوى و
المشهور الاول والحاصل ان المالك مخير في الرجوع على كل منهما فان رجع على المستعير رجع

جاهلا صح

تخير صح

على

على الغاصب ان لم تكن العارية مضمونة وكان رجع عليه بعين ما قدم على ضمانه وربما احتمل هنا ضعيفا
رجوعه مطلقا لان استحقاق العين او جيء في العارية فلا تكون مضمونة وهو مغرور
مع الغصب فيرجع على من غره ويضعف بان غروره في الغصب لا مدخل له هنا في الضمان
لانه لم يضمنه من حيث هو بل من حيث كونها عارية مضمونة ودخوله على ذلك واذا انتفى فساد
لحق حكم الفاسد بالصحيح كما سلف من القاعدة وان رجع المالك على الغاصب لم يرجع على
المستعير ان لم تكن مضمونة وكان رجع عليه بما كان يضمنه لو كانت صحيحة والفرق في ذلك كله
بين المنفعة والاجزاء والعين واطلاق المصنف رجوع المستعير على الغاصب او اختصاص الضمان
به غير جيد بل كان عليه ان يستثني العارية المضمونة قوله اما لو كان عالما كان ضامنا ولم
يرجع على الغاصب ولو اغرم الغاصب رجع على المستعير اذا كان المستعير من الغاصب ضامنا عالما
ولم يرجع على الغاصب عالما بالغصب فهو بمنزلة الغاصب في جميع الاحكام ومن حكم ترتب
ايدي الغاصبين على المال ان المالك يتخير في الرجوع على ايهما شاء ويستقر الضمان على من
تلفت العين في يده هنا اذا تساوت قيمتها في ايديهما او زادت في يد المستعير اما
لو نقص الغاصب زيادة فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزائد
لاختصاصه بقبضه فلا يرجع به المالك على المستعير ولا يرجع به الغاصب عليه لو رجع
المالك عليه ابتداء قوله وهي كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه الخ هذا الحكم بحسب
الاصل والغالب كاف في جواز اعارة المنحة والمستوفى منها اعيان لا منافع كالصوف
والشعر واللبن قوله ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه وقيل يجوز ان يستبيح
دونه في الضرر كان يستعير ارضا للغرس فيزرع وكذا الاول اشبه هذه المسألة لم
يذكر العلامة في كتبه فيها احد خلافا وفي المختلف لم يذكرها وقطع بجواز الانتفاع بالاذون بما دونه
والمساوي وما اختاره المصنف اوجه وقوفا مع الاذن لان الاصل عدم جواز التصرف في
مال الغير بغير اذنه خرج منه ما اذن فيه فيبقى الباقي وكون الاذون اولى بالاذن فيه خلاف

من حيث الغصب

بنقصه

في العين المعارة المالك

باب مفهوم الموافقة مع الجواز لتعلق غرض المالك بالنوع الخاص والاولوية ممنوعة نعم لو علم
انتفاء الغرض في التخصيص توجه جواز التخطي الى الاول كما انه لو نهى عن التخطي لم يجز الى
المساوي والاول قطعا وكذا لو دلت القرائن على تعلق الغرض بالعين اذا تقرر ذلك فلو
عدل الى الاضر مع النهي او الاطلاق او الى المساوي والمأذون مع النهي او الاطلاق على ما اختاره
المصنف فهل يلزمه الاجرة لمجموع الزرع او يسقط منها مقدار اجرة المأذون فيه ويثبت الزائد
خاصة وجهان من انه تصرف في ملك الغير بغير اذنه وهو يستلزم ثبوت الاجرة كملا
ومن انه قد اباحه المنفعة المخصوصة فلا يجب لها عوض فاذا تخطى الى غيرها كان مقدار
منفعة المأذون مباحا له فيضمن الزائد وان كان فعل هذا الاحسن في المساوي ولا يلزم
منه الا الاثم خاصة والاقوى الاول لان المنفعة المأذون فيها لم يستوفها فسقطت منها
وما استوفاه وقع بغير اذن المالك فيضمن اجرته كملا لانه عدوان محض والعلامة رحمه
الله فرق بين النهي عن التخطي وبين الاطلاق فاوجب الاجرة كملا مع النهي واسقط التفاوت
مع الاطلاق والفرق غير واضح لان التخطي في الحالين غير مأذون فيه غايته انه في احدهما
غير نص على المنع وفي الاخرى جاء المنع من اصل الشرع بواسطة عدم الاذن وذلك لا يوجب
اختلاف الحكم المذكور نعم لو كان المأذون فيه داخلا في ضمن المنهي عنه كما لو اذن له في تحميل
الدابة قدرا معينا فزاد عليه او في ركوبها بنفسه فاردف غيره تحقق اسقاط قدر المأذون
قطعا لان المأذون فيه بعض المنفعة التي استوفاها فلا اجرة له بخلاف النوع المخالف
ومثله ما لو زرع المأذون فيه وغيره قوله والمملوكة وان كان المستعير اجنبيا منها
لا خلاف عندنا في جواز اعارة الجارية للخدمة سواء كانت حسناء ام قبيحة وسواء كان
المستعير اجنبيا ام محرما لكن يكره اعارتها للاجنبي مع ما لا يكره اذا كانت حسناء
خوف الفتنة وخالف في ذلك الشافعي فحرم اعارتها الا ان تكون صغيرة لا تشتهى او كبيرة
كذلك او قبيحة المنظر فله وجهان واما استعارتها للاستمتاع فغير جائز اجماعا

ع

ولو

قوله ويجوز استعارة الشاة للحلب وهي المنحة الحلب بفتح الحاء مصدر قولك حلبت الشاة
والناقة احلبها حلبا والمنحة بالكسر الشاة المستعارة لذلك واصلها العطية وجواز
اعارة الشاة لذلك ثابت بالنص على خلاف الاصل لان اللبن المقصود من العارية عين
لا منفعة وعموم الحكم الى غير الشاة مما يتخذ للحلب من الانعام وغيرها وفي الدروس يجوز اعارة
الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها وفي تعدي الحكم عن موضع الوفاق ان كان وهو اعارة الغنم
للبن نظر لعدم الدليل مع وجود المانع وهو ان الاعارة مختصة في الاصل بالاعيان التي تستوفى
منها المنافع والنص مورده فقط تنافي غيره والمحج ومن طرق العامة لا يدل على غير الشاة قوله
وتصح العارية مطلقة ومدة معينة وللمالك الرجوع الحكم بجواز الرجوع متعلق بما اذا
عين المدة وما يتفرع عليه مع حوله سابقا في كون العارية من العقود الجائزة من الطرفين على
خلاف ابن الجنيد حيث حكم بلزومها من طرف المعير اذا عين لها مدة لكنه خص الحكم با
الارض البراح للغرس والبناء واما تعلق الحكم بالقسمين معا اعني الاطلاق وتعيين
المدة فلا نكتة فيه بعد ذكر الجواز مطلقا ووجه جواز الرجوع مطلقا ان ذلك هو مقتضى
العارية فلزومها في بعض الافراد يحتاج الى دليل صالح وتعيين المدة لم يخرجها فيها
عن كونها عارية جائزة بل يقيد تعيينها عدم جواز تصرف المستعير بعدها كما يفيد
تعيين المدة للغرض ذلك مع جواز الفسخ فيها لكل منهما قوله ولو اذن له في البناء
او الغرس ثم امره بالازالة وجبت الاجابة وكذا في الزرع ولو قبل ادراكه على الاشبه
انما فصل الزرع عنهما لان الخلاف فيه دونهما لانه اقرب انتهاء مدة وقد تقدم مع
الاشارة هنا الى حكمه والمخالف فيه الشيخ رحمه الله حيث اوجب على المعير الوفاء بالعارية
الى حين ادراكه لان له وقتا ينتهي اليه بخلاف الغرس والبناء وتبعه ابن ادريس ومال
الى كون الاشبه شبيهه على قول ابن الجنيد ايضا ويكون معه الحكم العرس والبناء مع
حسن الاطلاق فانه يشمل ما لو اعاره لها مدة معينة الا ان الاول اقعد وان يفصل الزرع صح

عارة

مطلقاً

منهما وعطف عليهما بعد الفراغ من حكمهما وكيف كان فالأقوى ما اختاره المصنف من جواز الرجوع
لأن بناء العارية على الجواز إلا ما أخرجه الدليل وهو منتف هنا وحديث الضرر ولا ضرار
مشترك بين المعير والمستعير فيتساقط باعتبار التعارض ويرجع إلى الأصل مع أنه يمكن الجمع
بين المصلحتين واندفاع الضرر بين بدفع المعير الأرش **قوله** وعلى الآذن الأرش
ليس له المطالبة بالإزالة دون الأرش أي أرش الزرع والغرس والبناء وهو تفاوت ما
بين كونه منزوعاً عن الأرض وثابتاً وهل يعتبر فيه كونه مجاناً أو بأجرة كلام الشيخ في ط صريح في
الأول وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعة مع احتمال اعتبار الثاني لأن الرجوع في العارية يقتضي
أن تكون أرض المعير مشغولة بملك غيره بغير إذنه فلا بد من اعتبار الأجرة في بقائه ويمكن دفعه بأن
وضعه في الأرض لما كان صادراً عن إذن المالك تبرعاً اقتضى ذلك بقاءه تبرعاً كذلك وإنما
صير إلى جواز القلع بالأرش جمعاً بين الحقين فيقتصر فيه على ما يحصل مراعاة لحق المستعير وفي
بقية مراعاة لحق المعير وقيل إن جواز الرجوع في العارية لا معنى له إلا أن تكون منفعة
الأرض ملكاً لصاحبها اللاحق وعينه فيها ومع ذلك يتجه الإبقاء فيها إلا برضاه بالأجرة وحق
المستعير يجبر بالأرش كما أن حق المعير يجبر بالتسلط على القلع وبأخذ الأجرة لو اتفقا على
الإبقاء بها وهذا هو الأقوى واختاره في التذكرة في غير محله استنظاراً ولما كان المراد
من الأرش هو التفاوت بين الحالتين فحيث ينتفي التفاوت كما إذا كان الرجوع بعد إدراك
الزرع لا أرش فلا يضر حكم المصنف بالأرش في جميع ما تقدم الذي من جملته قوله وكذا الزرع
ولو قبل إدراكه فإن لو الوصلية تقتضي الرجوع بعد إدراكه بطريق أولى فصار ثم
حمله الصورة المعقبة بثبوت الأرش على الآذن والحال أنه هنا لا أرش لعدم الاختلاف
إنما الأرش إنما يكون في اختلاف صورتي القلع والبقاء وهو باق في الصور وأشار بقوله وليس
المطالبة إلى أن دفع الأرش شرط في جواز المطالبة ولا تجب إجابته إلى القلع دون دفعه و
أنه لو تعذر الرجوع عليه بإفلاس أو غيبة ونحوهما فيضيع حق المستعير ويلزم الضرر

مجاناً

[هامش: وباقياً له — جوازه — اختلاف حالتيه — قبل — لا محالة]

بخلاف ما لو دفع أولاً فإن تعذر انتفت أن يهرب المستعير أو يتعذر مباشرته للقلع بوجه فيباشره
المعير بإذن الحاكم مع إمكانه أو لا معه مع تعذره وتعذر إذن المالك فلا يحصل الضرر لكن
هذا الدفع نوع من المعاوضة ومن شأنها التقابض مع الاختلاف ويجبر إن ظلم التقابض معاً من
غير أن يتقدم أحدهما الآخر ولعل الحكم هنا بسبق دفع الأرش لأن المعير غير مكره وفي تسلط
الدفع على الأجزاء حرج وغرر والضرر عن الدافع مندفع بخلاف العكس فلذلك حكموا بتقدمه
واعلم أن المعير لو بذل قيمة الغرس والبناء لم تجب إجابته كما لا تجب إجابة المستعير لو بذل
قيمة الأرض أو الأجرة لأن تملك مال الغير واستحقاق ماله موقوف على رضاه خلافاً للشيخ رحمه
الله في الأول فإنه أوجب على المستعير الإجابة محتجاً بانتفاء الضرر عليه والحجة ضعيفة
لأن مجرد انتفاء الضرر على المالك غير كاف في جواز تملك ماله بغير رضاه **قوله** ولو أعاره
أرضاً للدفن لم يكن له إجباره على قلع الميت المراد بالميت هنا المسلم ومن في حكمه كولد
الصغير والمجنون واللقيط بشرطه إذ لا حرمة لغيره وأما الرجوع للإعارة هنا لما في النبش
من هتك حرمته الثابتة له بعد الوفاة كالحياة وهو موضع وفاق وغاية المنع من الرجوع
اندراس عظام الميت وصيرورته رميماً والمرجع في ذلك إلى الظن الغالب بحسب التربة وكلا
وإنما أطلق المصنف المنع المتعلق على القلع ولا يتحقق إلا مع إبقاء شيء من أجزائه فإذا لم
يتحقق القلع فلا يتحقق المنع **قوله** وللمستعير أن يدخل إلى الأرض ويستظل بشجرها
إذا استعار الأرض للغرس ونحوه جاز لكل من المعير والمستعير دخول الأرض أما
المعير فلأن الأرض ملكه فله الدخول إليها في كل وقت وله أن يستظل بشجرها وإن كان
ملكاً لغيره لأنه جالس في ملكه كما لو جلس في غيره من أملاكه واتفق له الظل بشجرة غيره أو
في المباح كذلك والضابط أنه يجوز له الانتفاع منها بكل ما لا يستلزم التصرف في الغرس
ونحو البناء وأما المستعير فلأن الشجرة ملكه فله الدخول للعمل بأن يتعهده ويحرسه
ويبنيه ونحو ذلك وليس له أن يدخل لغرض آخر غير ما يتعلق بمصلحة الشجر والثمر كا

لتفرج

[هامش: والزرع — منفعته — نحوه — غاية المنع إلى اندراس عظام الميت]

لأن الاستعارة وقعت لمنفعة معينة فلا تتعداها واعلم أن الموجود في عبارات الأصحاب في عدم
في هذه المسألة أن المعير له الدخول والاستظلال بالشجر وبطل البناء بما ذكرنا من أنه جالس
على ملكه فلا يمنع عنه وأما المستعير فلم يذكر أحد جواز دخوله للاستظلال وإنما شرطوا
في دخوله ما ذكرنا من متعلقات الشجر وعبارة المصنف وقعت هنا معكوسة عما وجدنا من الشيخ
أن للمستعير الدخول والاستظلال وحقه أن للمعير الدخول للاستظلال على ما وجدته في سائر
كتب الفقه التي تعرضوا فيها لهذه المسألة من كتبنا وكتب غيرنا والنكتة في الاستظلال بالنسبة
إلى المعير واضحة كما ذكرناه وأما المستعير فعلى تقدير جواز استظلاله لا نكتة في تخصيصه
من الوجوه التي ينتفع بها وقال في التذكرة يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستظلال
بالبناء والشجر لأنه جالس على ملكه وليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر ولا غصن ولا ورق ولا
نحو ذلك ولا ضرب وتد في الحائط ولا التسقيف عليه وليس للمستعير دخول الأرض للتفرج
إلا بإذن المعير لأنه تصرف غير مأذون فيه نعم يجوز له الدخول لسقي الشجر ومرمة الجدار
حراسة لملكه عن التلف والضياع وقال في التحرير للمعير الدخول إلى أرضه والاستظلال بالشجر دون
الانتفاع به من شد دابة به وغيره وأما المستعير فليس له الدخول لغير حاجة قطعاً
وفي دخوله لحاجة سقي الغرس وجهان وفي القواعد يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها
والاستظلال بالبناء والشجر وكل ما لا يضر بالبناء والغرس وللمستعير الدخول لسقي الشجر
ومرمة البناء دون التفرج وباقي عبارات القوم قريب من ذلك نعم ذكر الشهيد في اللمعة
جواز استظلال كل منهما بالشجر وهو أجود من الاقتصار على المستعير إلا أن يحمل نكتة
الاقتصار عليه على أنه الفرد الأخفى **بنسبة** يعلم من قولهم إن المستعير ليس له الدخول
للتفرج أنه لا يجوز له الدخول إلى ملك غيره للتفرج بطريق أولى إلا بإذن المالك نعم
لو كان نصب بها توجب الجواز مع عدم قرينة الكراهة كما تقدم في صدر العارية **قوله**
ولو أعاره حائطاً لطرح خشبة فطالبه بإزالتها كان له ذلك إلا أن يكون أطرافها الأخر

مثبتة

[هامش: غيره]

مثبتة في بناء المستعير فيؤدي إلى خرابه وإجباره على إزالة جذوعه عن ملكه وفيه تردد هذا الحكم
ذكره الشيخ رحمه الله وتبعه عليه ابن إدريس ووجهه ما أشار إليه المصنف من أن رجوع المستعير
مستلزم التصرف في ملك الغير وتخريب بنائه الواقع في ملكه فيمنع منه لأن السائغ له
إنما هو تفريغ ملكه عن ملك الغير لا تخريب ملك الغير ووجه تردد المصنف فيه مما ذكر ومن كونه
عارية من لوازمها جواز الرجوع فيها وما ذكر لا يصلح للمنع لأن تفريغ مال المستعير مع المطالبة
واجب فإذا توقف على تخريب ملكه كان من باب مقدمة الواجب التي لا يتم الواجب إلا بها فيجب ومن هذه
الحيثية والمستعير أدخل الضرر على نفسه ببنائه في ملكه بناء معرضاً للزوال بالرجوع
في العارية التي هي مبنية على الجواز والأقوى الجواز مع الأرش كما مر وهو جابر لضرر المستعير
قوله ولو أذن له في غرس شجرة فانقلعت جاز له أن يغرس غيرها استصحاباً للإذن
الأول وقيل يفتقر إلى إذن مستأنف وهو أشبه وجه الأول أن الإذن قائم ما لم يرجع
ولضعفه لأنه قائم فيما دل عليه لا في غيره فيعدم الجواز كما اختاره المصنف إلا أن يأذن تجديداً
أو مثله الزرع والبناء ووضع الجذع قال في التذكرة أما لو انقلع الفسيل المأذون له في
زرعه في غير وقته المعتاد أو سقط الجذع كذلك مع قصر الزمان جداً فالأولى أن له إعادته
بغير تجديد الإذن **قوله** ولا يجوز إعارة العين المستعارة إلا بإذن المالك ولا إجارتها
لأن المنافع ليست مملوكة للمستعير وإن كان له استيفاؤها أي لأن شرط المعير أن
يكون مالكاً للمنفعة ولأن الأصل عصمة مال الغير وصيانته عن التصرف فيه والإعارة
إنما تناولت المستعير نعم يجوز للمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه وبوكيله ولا
يعد ذلك إعارة لأن المنفعة عائدة إلى المستعير لا إلى الوكيل وهذا موضع وفاق و
خالف بعض العامة فجوزه قياساً على إجارة المستأجر والفرق واضح وحيث يعير المستعير
فللمالك الرجوع بأجرة المثل عن مدة الإعارة الثانية على من شاء منهما وضمان العين
لو تلفت فإن رجع على المعير لم يرجع على المستعير الجاهل بالحال إلا أن تكون العارية مضمونة

[هامش: المعير له — المعير له — تخريب له]

فيرجع عليه ببدل العين خاصة ولو كان عالماً استقر الضمان عليه كالغاصب ان رجع على المستعير رجع على
المعير بما لا يرجع عليه به لو رجع عليه لغروره وهذا هو مقتضى القواعد وقد تقدم مثله في المستعير
من الغاصب وفي التذكرة والقواعد استشكل رجوع المستعير على المعير لو رجع عليه مطلقا
وفي رجوع المعير على المستعير الجاهل وحكمه في المستعير من الغاصب بمثل ما سلف ومثله القول
في الاجارة بل اولى لان الاعارة جائزة فاذا رجع المعير امكن المستعير الرجوع في العارية فقد يتوهم
جوازه بذلك ويجعل المستعير كالوكيل بخلاف الاجارة للزومها على تقدير صحتها فتأمل في الاعارة

الرابع في الاحكام

قوله العارية امانة لا تضمن الا بالتفريط في الحفظ او التعدي او اشتراط الضمان الى آخره اجمع
اصحابنا واكثر العامة على ان العارية امانة لا تضمن بالتلف والنصوص الصحيحة على ذلك
من طرقنا كثيرة واستثني منه مواضع أ التعدي والتفريط في الحفظ وقد كان تستغني عن
استثنائه لان معنى عدم ضمان الامانة في كل موضع انها لو تلفت بدونهما او كان احدهما ب
العارية من غير المالك والكلام في استثنائها كما مر فانها غصب في الحقيقة لا عارية ولكنها
بصورة العارية فاجروا عليها اللفظ ج عارية الصيد للمحرم فان امساكه حرام فيكون متعديا
وضامنا وهذا ظاهر بالنسبة الى حق الله تعالى اما بالنسبة الى حق المالك ففيه تشكيل مما مر
د عارية الذهب والفضة الا ان يشترط سقوطه وسيأتي الكلام فيه ه اذا اشترط ضمانها
وهو صحيح بالنص والاجماع و عارية الحيوان وان ابن الجنيد حكم بكونه مضمونا استنادا
الى رواية تمنع ضعفها من العمل بها والاقوى انه كغيره مما لا يضمن الا بالشرط وقد اتضح
بذلك انه لا يستثنى الا ما استثناه المصنف خاصة اذ التفريط [illegible] في العارية بالنسبة
الى الضمان وعدمه مع الشرط وعدمه اربعة اقسام احدها ما يضمن وان اشترط عدم الضمان
وهو الثلاثة الاول من الصور المستثناة وعلى احتمال قوي سقوطه في الاولى الذي في فرع
اذن المالك له في الاتلاف مجانا ولا يستعقب الضمان اما الاخيرتان فالامر فيهما واضح
لان اسقاط غير المالك الضمان لمال الغير لا عبرة به وكذا اسقاط الضمان عن المحرم لا [illegible]

على

لم تضمن صح

ع

عليه من عند الله تعالى محضا باعتبار كونه صيدا لا باعتبار كونه مملوكا وثانيها ما لا يكون مضمونا
وان اشترط الضمان وهو استعارة المحل الصيد من المحرم وقد تقدم تسمية المصنف له استعارة
وثالثها ما يكون مضمونا الا ان يشترط عدم الضمان وهو استعارة الذهب والفضة و
رابعها ما لا يكون مضمونا الا ان يشترط الضمان وهو باقي اقسامها قوله ويضمن اذا كان
ذهبا او فضة وان لم يشترط الا ان يشترط سقوط الضمان هذه احد الصور التي تضمن فيها
العارية من غير شرط بل هي الفرد الاظهر كما نفهمه ومستند الحكم النصوص الواردة عن اهل
البيت عليهم السلام كرواية زرارة في الحسن عن الصادق عليه السلام قال قلت له العارية مضمونة فقال
جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه وكذلك جميع ما استعرت واشترطت عليك لزمك
والذهب والفضة لازم لك وان لم تشترط عليك وروى ابن مسكان في الصحيح عنه عليه السلام
لا تضمن العارية الا ان يكون اشترط فيها ضمانا الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط
فيها ضمانا وفي حسنة عبد الملك مثلها الا انه استثنى الدراهم وقد علم من ذلك ان
عارية الدراهم والدنانير مضمونة ولا خلاف في ضمانهما عندنا انما الخلاف في غيرهما من الذهب
والفضة كالحلي المصوغ فان مقتضى الخبر الاول وجوه دخولها ومقتضى تخصيص
التالي بالدراهم والدنانير خروجها فمن الاصحاب من نظر الى ان الذهب والفضة مختصان
من عدم الضمان مطلقا ولا منافاة بينهما وبين الدراهم والدنانير لانهما بعض افرادهما
فيستثنى الجميع ويثبت الضمان في مطلق الجنسين ومنهم من التفت الى ان الذهب والفضة
مطلقان او عامان بحسب افادة الجنس المعرف العموم وعدمه والدراهم والدنانير مقيدان
او مخصصان فيجب في النصوص حمل المطلق على المقيد والعام على الخاص والتحقيق في ذلك
ان يقول ان هنا نصوصا على ثلاثة اضرب احدها عام في عدم الضمان من غير
تقييد كصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب
العارية والوديعة مؤتمن وقريب منها صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وثانيها ما يحكم

مك

الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا [illegible] ان يتلف فلا يلزمك تواه صح

الا انه استثنى مطلق الذهب والفضة وثالثها ما يحكم الا انه استثنى الدنانير او الدراهم و
ولا سبيل الى الجمع فاخراج الدراهم والدنانير لازم لخروجهما على الوجهين الآخرين فاذا خرجا من
العموم بقي العموم فيما عداهما بحاله وقد عارضه التخصيص بمطلق الجنسين فلا بد من الجمع بينهما
بحمل العام على الخاص فان قيل لما كان الدراهم والدنانير اخص من الذهب والفضة وجب تخصيصهما
عملا بالقاعدة فلا يبقى المعارضة الا بين العام الاول والخاص الاخر قلنا لا شك ان
كلا منهما مخصص لذلك العام لان كلا منهما مستثنى وليس هنا الا ان احد المخصصين اعم
من الاخر مطلقا وذلك غير مانع فيخص العام الاول بكل منهما او نقيد مطلقه لان احدهما لا يخصص
خصوص بالاخر لعدم المنافاة بين اخراج الذهب والفضة في لفظ والدراهم والدنانير في لفظ
حتى يوجب الجمع بينهما بالتخصيص او التقييد وايضا فان العمل بالخبرين الاخصين لا يمكن
لان احدهما لم يخص الا الدنانير فابقى الباقي على حكم عدم الضمان صريحا والاخر لم يستثن الا
الدراهم وابقى الباقي على حكم عدم الضمان ايضا وذلك فدلالتهما قاصرة والعمل بكل منهما لم يقل به
احد للخلاف والخبر المختص بالذهب والفضة فيه قبل التخصيص بما جعلناه جامعا للكل
ولجميعها ولا نص على عدم دلالة احدهما على الحكم المطلوب منه قلنا هذا ايضا لا يمنع
قصور كل واحد عن الدلالة لان كل واحد مع قطع النظر عن صاحبه قاصر وقد وقع في
وقتين في حالتين مختلفتين فظهر ان ارادة الحصر في كل منهما غير مقصودة واما
المستثنى فيهما من جملة الافراد المستثناة وعلى تقدير الجمع بينهما يجعل المستثنى مجموع ما
استفيد منهما لا يخرجان عن القصور في الدلالة على المطلوب اذ لا يعلم منهما الا ان الاستثناء ليس مقصورا
على ما ذكر في كل واحد فان قيل اخراج الدراهم والدنانير خاصة يدل على اخراج جملة الذهب
والفضة فلا يمكن الجمع بينهما بحمل الذهب والفضة على الدراهم والدنانير كما يجب الجمع بين عدم
الضمان المطلق العارية والضمان لهذين النوعين لتحقق المنافاة قلنا نمنع
المنافاة بين الامرين فان استثناء الدراهم اقتضى بقاء العموم في حكم عدم الضمان فيما عداها

وقد

بخلاف كل

من ط

والدنانير صح

وقد عارضه الاستثناء الاخر فوجب تخصيصه به ايضا فلا وجب تخصيص احد المخصصين
بالآخر وايضا فان حمل العام على الخاص استعمال مجازي وابقاؤه على عمومه حقيقة ولا
يجوز العدول الى المجاز مع امكان الاستعمال على وجه الحقيقة وهو ممكن في عموم الذهب والفضة
فيتعين واما صيرنا الى التخصيص في الاول فلتعينه على كل تقدير فان قيل اذا كان
التخصيص يوجب المجاز وجب تقليله ما امكن لان كل فرد يخرج يوجب زيادة المجاز في
الاستعمال حيث كان حقيقة يطلق على جميع الافراد وح نقول قد تعارض هنا مجازان احدهما
في تخصيص الذهب والفضة بالدنانير والدراهم والثاني في زيادة تخصيص العام الاول
بمطلق الذهب والفضة على تقدير عدم تخصيصهما بالدنانير والدراهم فيرجح احد المجازين
على الاخر ترجيح من غير مرجح بل يمكن ترجيح تخصيص الذهب والفضة لان فيه مراعاة قوانين التعارض
بينه وبين ما هو اخص منه قلنا لا نم التعارض بين الامرين لان استعمال العام الاول
على الوجه المجازي حاصل على كل تقدير اجماعا وزيادة التجوز في الاستعمال لا تعارض به
اصل التجوز في المعنى الاخر فان ابقاء الذهب والفضة على عمومهما استعمال حقيقي فكيف
يكافيه مجرد تقليل التجوز مع ثبوت اصله وبذلك يظهر بطلان الترجيح بغير مرجح لان
المرجح حاصل في جانب الحقيقة هذا مع ما يقتضيه الحال من الكلام على هذين الوجهين
وبقي فيه مواضع لصحاح الجميع والمعتبرة في الحكم بضمانهما في الجملة على النصوص واما
تعليل الضمان فيهما بان المنفعة فيهما ضعيفة لا يعتد بها في نظر الشرع والمقصود منهما
الانفاق فكانت مضمونة عملا بالعارية الذاتية وان هذه الحكمة تقوى في الموضوع لكثرة
منفعتها بدون الفاقة فيختص حكم الضمان بالدنانير والدراهم فهو ضعيف لا يصلح
لتأسيس الحكم الشرعي فان اعارتهما انما تصح لينتفع بهما على تقدير بقائهما للتزين وصحة
الاعارة وضعف النفعة وقوتها لا مدخل له في اختلاف الحكم كما لا مدخل لحكم استعارة
البعير وقطعة من حصير قوله اذا رد العارية الى المالك او وكيله برئ ولو ردها الى الحرز

رض

المصوغ صح

لم يزل أي بردّها الى حرز المالك من غير أن يوصلها الى يده أو يد من في حكمها كما لو ردّ الدابة الى اصطبله
أو ردّ الدار اليها وعدم برائه بذلك واضح لأنه لم يسلمها الى المالك ولا الى اليد وما الحرز حتى
تؤدي بل لو هلكت العارية مضمونة صارت مضمونة لتفريطه بنوع من التضييع لعدم اذن المالك
بالرد اليه كما لو ترك الوديعة في دار صاحبها او الدابة المودعة في الاصطبل فتلفت قبل
أن يسلمها المالك وهذا لا خلاف فيه عندنا وانما نبّه على خلاف ابي حنيفة حيث ذهب الى أن
ردها الى ملك المالك كردها اليه لأن ردّ العواري في العادة يكون الى املاك اصحابها
فساده واضح واطراد العادة بذلك ممنوع قوله ولو استعار الدابة الى مسافة فجاوزها
ضمن ولو عادها الى الاولى لم يبرأ من الضمان حيث التعدي بمجاوزة المأذون وبقي الى أن
يردها الى المالك وأما ضمان المنفعة وهو الاجرة فثبت في المسافة المتجاوزة ذهابا و
عودا الى الموضع المأذون فيه الى ان يردها على الوجه المأذون جائز وان كان الاصل مضمونا
بالتعدي السابق ولو كانت العارية مضمونة في اصلها ضمنها من حيث اخذها الى ان يأخذ في
تجاوز المأذون ضمان العارية وهو ضمان العين دون المنفعة على ما سيأتي وفي المتجاوز ضمان
الغصب الى ان يعود الى المأذون ومنه الى ان يصل المالك ضمان العارية وهو ضمان العين
دون المنفعة على ما سيأتي وفي المتجاوز ضمان الغصب الى ان يعود الى المأذون ومنه الى ان يصل
المالك ضمان العارية ايضا قوله يجوز للمستعير بيع غروسه وابنيته في الارض المستعارة
للمعير ولغيره على الاشبه الخلاف في بيعه لغير المعير ووجه المنع انه في معرض للهدم والنقض
أن ملكه عليه غير مستقر لأن للمعير سبيلا من ملكه ولا يقوى الجواز لانه مملوك له في حال بيعه غير ممنوع
من التصرف فيه وكونه متزلزلا لا يمنع جواز بيعه كما يجوز بيع الحيوان المشرف على التلف و
بوقوعه معرض الهلاك ومستحق القتل قصاصا كذلك على ما مرّ ثم ان كان المشتري جاهلا بالحال فله
الفسخ لان ذلك عيب اما ان كان عالما بل نزل منزلة المستعير ولو اتفقا على بيع ملكيهما معا بثمن

واحد

واحد صح على خلاف تقدم في باب الشركة ويوزع الثمن عليهما فيوزع على الارض مشغولة بالغرس او البناء على
وجه الاستعارة مستحق القلع مع الارش او الابقاء مع الاجرة او التملك بالقيمة مع التراضي وعلى ما
فيهما من بناء او غرس مستحق للقلع على احد الوجوه الثلاثة فحصة الارض للمعير وحصة ما فيها
للمستعير قوله اذا حملت الأهوية والسيول حبا الى ملك انسان فنبت كان لصاحب الارض ازالته ولا
يضمن الارش كما في اغصان الشجرة البارزة الى ملكه اذا حملت السيول وشبهها حبا الى ارض لآخر فلا
يخ اما ان يكون مما يعرض عنه مالكه او لا وعلى التقديرين اما ان يعلم المالك او يجهل محصورا في جماعة
محصورين او لا وعلى التقادير الستة اما ان يكون متمولا او قليلا غير متمول كالحبة الواحدة فالصور
اثنتا عشرة فان اعرض عنها المالك وطرحها وان كانت كثيرة فلمالك الارض تملكها ولو طرحها في ارضه
كما يجوز تناول ما اعرض مالكه عنه من الثمار والسنبل ونحوه ويجوز للمالك الرجوع فيها ما دامت عينها
باقية لان ذلك بمنزلة الاباحة وان لم يكن اعرض عنها وكان معلوما فهي باقية على ملكه ولصاحب
الارض مطالبته بالازالة ويجب عليه لان ملكه قد شغل ارض غيره بغير حق فيجب تخليصه منها وهل يجب عليه
الاجرة للمدة التي كان باقيا فيها اما بعد المطالبة والتمكن من الازالة فالوجوب واضح لانه بمنزلة
الغاصب حينئذ واما قبل ذلك فالظاهر انه لا اجرة عليه اذا لم يقصر في القلع والحصول في الارض
بغير تفريطه فاذا قلعه وجب عليه تسوية الحفر وطم الارض لانها حدثت بفعله لتخليص ملكه منها فاذا
امتنع اجبر عليه وجاز لصاحب الارض ازالته عنها كما لو سرت اغصان شجرة الى ملكه ولو اشتبه
المالك في قوم محصورين وجب عليهم اجمع التخلص بالصلح او التمليك ونحوه ويجب على مالك الارض
الضمان مراجعتهم فيما يرجع الى المالك المعين ولو لم ينحصر المالك كان بمنزلة اللقطة ولو كان
كان دون الدرهم جاز التملك ولو تركه من غير نية التملك جاز ملكه ووجب تعريفه كاللقطة ويحتمل كونه
كالمجهول المالك في جواز التصدق به عنه من غير تعريف ولو كان قليلا لا يتمول كنواة واحدة
وحبة واحدة فيحتمل كونه لمالك الارض لانا قلنا لا يعتبر تمولها على مالكه لا تشغل حقيقة المالك
فيه والنفع المتحصل في ارضه والاقوى عدم جواز تملكه مطلقا فيكون حكمه كما تقدم وحكم السنبل

أرضا لشجرها او بيعه فهي لمالكها ويجب عليه ازالتها كما مر في جميع ذلك ولو تركه مالكه لصاحب الارض
التي اشتغلت به وان قبله فلا كلام وان لم يقبل ففي وجوب ازالته على مالكه وجهان وقطع في التذكرة بانه يسقط
عنه مؤنة نقله واجرته لانه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكان الخيار لصاحب الارض المشغولة ان
شاء اخذه لنفسه وان شاء قلعه قوله لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها
يوم تلفها لان النقصان المذكور غير مضمون اذا اشترط ضمان المستعار فقد يشترط ضمان عينه على تقدير
التلف وضمان نقصانه على تقديره وضمانهما وقد يطلق اشتراط الضمان ولا شبهة في اتباع مقتضى الشرط
في الثلاثة الاول فيضمن العين خاصة في الاول والنقصان خاصة في الثاني الى ان ينتهي حالات نقوصه
باقيا وضمانهما معا في الثالث وانما الكلام عند اطلاق اشتراط الضمان وهي مسألة الكتاب والمصنف رحمه
الله جزم بان الاطلاق منزل على ضمان العين خاصة فيضمن قيمتها يوم التلف لان النقص حصل
بأمر ماذون فيه فلا يكون مضمونا ولانها لو لم تتلف وردها على تلك الحال لم يجب عليه شيء واذا تلفت
ما وجهه في تلك الحال ويمكن الفرق بين تلف الاجزاء الموجب للنقص بالاستعمال وغيره فيضمن على الثاني دون
الاول لان تلفها بامر مأذون فيه فلا يتعقب ضمانا وقد يمنع اصل هذه الوجوه ويحكم بضمان
النقص وان ردها فان ذلك من مواضع النزاع اذ للمانع ان يمنع من كون النقص غير مضمون في المضمن
سواء تلفت ام ردها لان مقتضى تضمين العين تضمين اجزائها لانها مركبة منها والاذن في
اصل الاستعمال لا ينافي الضمان والحال انه مشروط اذ ليس من لوازم اصل الاستعمال النقص فيجوز ان
يكون الاستعمال مأذونا فيه والنقص مضمونا وفي عد استشكل الحكم وفي التذكرة واقتصر على ما
ذكره المصنف والقول بالضمان لا يخ من قوة وان قلنا بضمان الاجزاء ضمن القيم من حين القبض الى حين التلف ان
اختلفت فيها من حيث الاجزاء كالثوب يلبس ويتمحق على التدريج ولو كان الاختلاف من حيث قيمة السوق
لم يضمن الزائد بسببه لان ذلك ليس من عين ولو ضمان العين خصوصا ان لم يوجبه على الغاصب وان
قلنا بعدم الضمان ضمن قيمته آخر حالات التقويم واحترز بقوله وقد شرط ضمانها عما لو كان موجب
الضمان التفريط او التعدي فانه يوجب ضمان الاجزاء المتأخرة عن وقت الضمان دون الذاهبة

قبله

قبله بالاستعمال ونحوه من الوجوه التي هي غير مضمونة وفي القواعد تساوي بين الامرين في الحكم بالضمان وعدمه
في الاجزاء المتقدمة على التفريط والمتأخرة عنه وليس بجيد قوله اذا قال الراكب اعرتنيها وقال
المالك اجرتكها فالقول قول الراكب لان المالك مدع للاجرة وقيل القول قول المالك في عدم
العارية فاذا حلف سقطت دعوى الراكب وثبت عليه اجرة المثل لا المسمى مع يمينه القول الاول
للشيخ رحمه الله في المبسوط ووجهه انهما يتفقان على ان تلف المنافع وقع على ملك المستعير لان
المالك يزعم انه ملكها بالاجارة والمستعير يزعم انه ملكها بالاستيفاء المستند الى الاعارة لان
المستعير يملك بذلك الاستيفاء فيده شرعية على القولين ثم المالك يدعي عليه عوضا عما استوفاه
من ملكه وهو ينكر استحقاقه والاصل يقتضي عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فيكون القول
قوله والراكب يدعي شغلها فيحتاج الى البينة ويشكل بان المنافع اموال كالاعيان فهي بالاصالة
لمالك العين فادعى الراكب تمليكها بغير عوض على خلاف الاصل واصالة براءة ذمته انما تصح
من خصوص ما ادعاه المالك لا من مطلق الحق بعد العلم باستيفائه المنفعة التي هي من جملة اموال
المالك وحقوقه والاصل يقتضي عدم خروجها عن ملكه مجانا فمن ثم ذهب المص وقبله ابن
ادريس الى تقديم قول المالك في عدم العارية وان لم يقبل قوله فيما يدعيه من الاجرة لانه مدع
ايضا فيحتاج الى البينة كما ان الراكب مدع للعارية فلا يقبل قوله فيها فاذا حلف المالك على نفي العارية
لم تثبت الاجرة ولكن يثبت كون الراكب تصرف في ملك غيره بغير تبرع منه فتثبت عليه اجرة المثل لا المسمى لاعترافه
بنفي الراكب فينبغي ان يثبت له بيمينه اقل الامرين مما يدعيه واجرة المثل لان الاقل ان كان ما
يدعيه من الاجرة فهو يعترف بعدم استحقاقه سواه وان كان الاقل اجرة المثل فلم يثبت بيمينه سواها
اذ لم تثبت الاجارة وانما لزم تصرف الراكب فيما لم يعتبر اذن المالك على وجه الشرع وهذا هو الذي
اختاره العلامة في عد وهو اجود من السابق الا انه يشكل بان المالك يدعي الزائد
عن اجرة المثل على تقدير كون المسمى اكثر والراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه وحلفه

على نفي العارية لم يبق على نفي الاجارة كما لم يبق على اثباتها واثبات اقل الامرين باليمين ثم لكن يبقى النزاع
في الزائد على تقدير مخالفته فمع التحالف الراكب على نفي الاجارة او نكوله يحلف المالك على الاجارة في
باخذ الزيادة ومن ثم ذهب العلامة في المخ والتهذيب ره الشيخ في بعض تحقيقاته وتبعه جماعة الى انهما
يتحالفان لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فيحلف المالك على نفي العارية والراكب على نفي الاجارة
وح يثبت اقل الامرين لانتفاء الزائد عن المسمى بيمين المستعير وانتفاء الزائد عن اجرة المثل باقرار
المالك وهذا هو الاقوى وللشيخ قول خامس وهو القرعة بناء على انه امر مشتبه ويضعف بانه
لا اشتباه مع القاعدة المتفق عليها من حكم المدعي والمنكر هذا كله اذا وقع الخلاف بعد انقضاء مدة
يدعي المالك كونها مدة الاجارة او مضي مدة لها اجرة عادة اما لو وقع الاختلاف قبل ذلك فحكمه ما
سنذكره ولا فرق بين ان يكون هذا النزاع مع بقاء العين وتلفها الا انها ان كانت باقية ردت بعد
التحالف الى المالك ويثبت اقل الامرين من اجرة المثل وقسط المسمى لو كان في اثناء المدة
وبطلت الاجارة في الباقي ان كان ولو اكتفينا بحلف المالك على نفي الاعارة ففي انتزاع العين نظر
من انكار المستعير الاجارة واذن المالك على وجه التبرع وقد اشتغل بانكاره فيرجع ومن اعتراف
المالك بعدم استحقاق ارتجاعها الى ان تنقضي المدة التي يدعيها وهذا مما يؤيد القول بالتحالف ولان
هذا النزاع آخر لم يتحرر من يمين المالك كالنزاع في الزائد من المسمى وان كانت العين تالفة فحكم
الاجرة ما ذكر واما العين فان كانت امانة كما لو كانت الاعارة التي يدعيها الراكب غير مضمونة ولا تعدى على
الراكب لاتفاقهما على كونها في يده امانة بالاجارة او العارية وان كانت مضمونة فقد يدعي الاعارة
تعين ثبوت القيمة في ذمته والمالك ينكره لعدم اقتضاء الاجارة الضمان فيبقى حق الى ان ينتقل
عليه قوله ولو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع كان القول قول الراكب لان المالك
يدعي عقدا وهو ينكره ش هذا التعليل آت باطلاقه في الاول فلا ينبغي الفرق بينهما الا باعتبار ان
المالك لا يدعي عليه مع دعوى الاعارة شيئا من عوض المنافع ولما يدعي ثبوت الاجرة وجوب الاجرة في

في ذمته وان كان قبل الاستيفاء ولا آخر ينكرهما فيقدم قوله لاصالة براءة ذمته من تعلق الاجرة وما
يلزمها فالدعوى متمحضة للمالك فيقدم قول مدعي الاعارة ويسترد العين قوله اذا
استعار شيئا لينتفع به في شيء فانتفع به في غيره ضمن وان كان له اجرة لزمه اجرة مثله ش وجه الضمان
التعدي في العين حيث انتفع بها في غير المأذون فيلزمه اجرة مثل ذلك العمل لوقوعه بغير اذن المالك
ولا يسقط منه مقدار تفاوت المأذون لانه لم يستوف المنفعة وكانه استطحبه مما يملك وانتفع
بما لا يملك ولا فرق بين كون المنفعة التي استوفاها اشق من المأذون فيها او مساوية او ادنى اذا كانت
مخالفة في الجنس ولو اتفقا في الجنس كانواع الزرع ففيه ما مر من الاشكال قوله اذا جحد العارية بطل
استيمانه ولزمه الضمان مع ثبوت الاعارة ش القول في جحود العارية كالقول في جحود الوديعة
حكما وشرائط فراجعه ثم ومصير الضمان بالجحود لانه بمنزلة التعدي قوله اذا ادعى التلف فالقول قوله
مع يمينه ولو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه ش اما الاول فلانه وان كان مدعيا ما يخالف
الاصل الا انه يمكن صدقه فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس وقد تقدم نظيره وما يرد عليه في
ابواب الامانات واما الثاني فلان الاصل عدم الرد فيكون القول قول منكره وهو المالك و
لان المستعير قبض لمصلحة نفسه وبذلك فارق الودعي لانه انما قبض لمصلحة المالك فهو محسن
محض وما على المحسنين من سبيل ولتعلم ان هذه العلة تجري في كثير من ابواب تنازع المتنا
الا انها تقتضي قبول قول الوكيل في الرد ان كان بغير جعل وهو مشكل لمخالفته للاصل وكون هذه
العلة ليست منصوصة وانما هي مناسبة قوله لو فرط في العارية كان عليه قيمتها عند التلف اذا
لم يكن لها مثل وقيل اعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف والاول اشبه ش وجه الاول
ان الواجب على المستعير مع بقاء العين ردها دون القيمة وانما ينتقل اليها حين التلف فح
فالمعتبر القيمة وقت التلف وهذا هو الاقوى ووجه الثاني ان العين لما كانت مضمونة
وكل واحدة من القيم المتعددة في وقت كونها مضمونة لان معنى ضمان العين كونها لو تلفت ضمن
قيمتها وهو حاصل في جميع الوقت فيضمن اعلى القيم لدخول الباقي فيها وموضع الخلاف ما لو كا

الاختلاف بسبب السوق اما لو كان بسبب نقص في العين فلا اشكال في ضمانه لان ضمان العين يقتضي ضمان
اجزائها وفي المسألة قول ثالث وهو ان المعتبر قيمتها وقت الضمان لتعلقها بالذمة ح على تقدير
التلف وقد تقدم الكلام في هذه المسألة غير مرة قوله ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير
وقيل قول المالك والاول اشبه ش اي اختلفا في قيمة المستعار على تقدير تلفه بتفريط او كونه مضمونا
بامر آخر فالقول قول المستعير لانه منكر الزائد فيدخل في عموم الخبر وقال الشيخ وجماعة قول
المالك لخروج المستعير عن الامانة خصوصا على تقدير التفريط فلا يقبل قوله والاقوى الاول لان قبول
قوله من حيث كونه منكرا لا من حيث كونه امينا

كتاب الاجارة

الاجارة من الالفاظ المنقولة شرعا عن موضوعها لغة لانها في الشرع عبارة عن تمليك المنفعة خاصة
بعوض معلوم لازم لماهيتها العقد المفيد لذلك على ما تقرر سابقا وهي في اللغة اسم للاجرة
وهي كرى الاجير لا مصدر اجر يوجر فان مصدره الايجار بخلاف باقي العقود فانه يعبر عنه بمصدر
الفعل او باسم المصدر فلا يتغير عن موضوعه الا بشرط نقله وتغيير سهل فالمطابق
لغيرها التعبير بالايجار لكنها قد اشتهر في هذا اللفظ على وجه لا ارتياب في تحقق النقل
الا انا ... قوله في العقد وثمرته تمليك المنفعة بعوض معلوم ش عدل عن تعريف الاجارة
بذكر ما يفيد فائدة التعريف مع سلامته مما يرد على التعريف اذ لو قال هي عقد ثمرته تمليك
المنفعة الخ كما عرف به بعضهم لانتقض في طرده بالصلح على المنافع بعوض معلوم وبهبتها
مع شرط العوض واما اصل المسألة فذلك ثمرة هذا العقد فلا ينافي كونه ثمرة عقد آخر لكن يبقى فيه
ان تمليك المنفعة المذكورة ليس ثمرة العقد بل ثمرة الايجاب لان الموجر هو المملك لا المستأجر
فان التمليك مصدر ملك بالتشديد لا ملك او تملك لان مصدرهما الملك والتملك
ويمكن الدفع بان الايجاب لما كان جزء السبب المصحح للتمليك نسب الثمرة اليها فان التمليك
وان وقع من الموجب خاصة الا انه لا يتم بانفراده بل لا بد من مصاحبته لبقية الشرائط وجزء
مما يتوقف عليه الصحة قوله والعبارة الصريحة عن الايجاب آجرتك ولا يكفي ملكتك اما

لو

لو قال ملكتك سكنى هذه الدار مثلا صح ش لما كانت الاجارة من العقود اللازمة وجب انحصار لفظها
في الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة والصريح منها في الايجاب آجرتك واكريتك اما الاول
فقد تقدم الكلام فيها واما الثانية فهي من الالفاظ المستعملة ايضا لغة وشرعا في الاجارة تقال
اكريت الدار فهي مكراة وتقال اكتريت واستكريت وتكاريت بمعنى ومنه اخذ المكاري لانه يكري
دوابه ونفسه واما التمليك فيفيد نقل ما يتعلق به فاذا ورد على الاعيان افاد نقل ملكها
وليس ذلك بمورد للاجارة لان العين تبقى على ملك الموجر بل اذا اراد اقامته مقام الاجارة
تعين اضافته الى المنافع لان التمليك في الاجارة بالعوض انما هو المنفعة لا العين ولا بد في
من وقوع الايجاب ابتداء بلفظه كان يقول ملكتك منفعة هذه الدار مثلا الخ لم يصح
ملكتك واما القبول فضابطه كل لفظ يدل على الرضا بالايجاب كقبلت واستاجرت
واكتريت واستكريت كما سبق ولو تقدم القبول على الايجاب صح بما عدا الاول قوله وكذا
اعرتك لتحقق القصد الى المنفعة ش المشبه به سابقا المشار اليه بل هو الحكم بالصحة اذا قال
ملكتك سكناها سنة اي وكذا يصح لو قال اعرتك هذه الدار سنة بكذا ووجه الصحة
ما اشار اليه بقوله لتحقق القصد الى المنفعة والمراد ان الاعارة لما كانت لا تقتضي
ملك المستعير للعين وانما تفيد تسليطه على المنفعة وملكه لاستيفائها كان اطلاقها
بمنزلة تمليك المنفعة فيصح اقامتها مقام الاجارة كما يصح ذلك بلفظ الملك والحق ان
العارية انما تقتضي اباحة المنفعة لا تمليكها والعوض لا يدخل في ماهيتها بخلاف التمليك
فانه يجامع العوض ولا يخفى ان التجوز بمثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة
قوله ولو قال بعتك هذه الدار ونوى الاجارة لم يصح وكذا لو قال بعتك سكناها
سنة لاختصاص البيع بنقل الاعيان وفيه تردد ش وجه المنع ما ذكره من ان البيع موضوع
لنقل الاعيان والمنافع تابعة لها فلا يثمر الملك لو تجوز به في نقل المنافع منفردة وان
نوى الاجارة وظاهر التذكرة ان ذلك اجماعي لانه نسبه الى علمائنا ولكن المص تردد في

في البحر بر حمل المنع أقرب ووجه تردد المصنف مما ذكره من انه بالتصريح بارادة نقل المنفعة مع ان البيع يفيد نقلها انضياع كالعيان وان كان بالبيع ناسب ان يقوم مقام الاجارة اذا قصد بها ولكن الصحيح المنع
قوله ولا الاجارة عقد لازم لا يبطل الا بالتقايل او باحد الاسباب المقتضية للفسخ لزوم عقد الاجارة موضع وفاق وعموم الامر بالوفا بالعقود يتناوله وح يدخل في الاقالة كغيره من عقود المعاوضات واما الاسباب المقتضية للفسخ فستاتي مفصلة ان شاء الله قوله ولا تبطل بالبيع لعدم المنافاة فان الاجارة تتعلق بالمنافع والبيع بالعين والمنافع تابعة لكن اذا كان المشتري عالما بالاجارة تعين عليه الصبر الى انقضاء المدة وان كان جاهلا تخير بين فسخ البيع وامضائه مجانا مسلوب المنفعة الى آخر المدة لان اطلاق العقد وقع على اعتقاد التسليم والانتفاع نظرا الى الغالب ولو فسخ المستاجر بعد البيع لحدوث عيب ونحوه عادت المنفعة الى البايع لا الى المشتري ولو كان المشتري هو المستاجر صح البيع وفي انفساخ الاجارة وجهان اجودهما بقاؤها فيجتمع عليه الثمن والاجرة والثاني الانفساخ لان تملك العين يستتبع ملك المنافع لانها نماء الملك وتضعف بان العين انما تستتبع المنافع اذا لم يسبق ملكها بسبب آخر قوله ولا العذر مهما كان الانتفاع ممكنا اي الانتفاع الذي تضمنه عقد الاجارة بالتعيين او بالاطلاق فلا عبرة بامكان الانتفاع بغير المعين كما لو استاجر دابة للزراعة فغرقت وامكن الانتفاع بها بغيرها فان ذلك كتلف العين وعدم منع العذر الانتفاع اعم من بقاء جميع المنفعة المشروطة وبعضها وعدم البطلان حاصل على التقديرين لكن مع حصول الانتفاع ناقصا يتخير المستاجر بين الفسخ والامساك بتمام الاجرة قوله وهل تبطل بالموت المشهور بين الاصحاب نعم وقيل لا تبطل بموت المؤجر وتبطل بموت المستاجر وقال آخرون لا تبطل بموت احدهما وهو الاشبه القولان الاولان للشيخ رحمه الله والاقوى ما اختاره المصنف وعليه المتاخرون اجمع لان الاجارة من العقود اللازمة ومن شانها انه لا تبطل بالموت ولعموم الامر بالوفا بالعقود وللاستصحاب نعم يستثنى منه مواضع

تبطل فيها الاجارة بالموت احدها ما لو شرط على المستاجر استيفا المنفعة بنفسه فانها تبطل بموته وثانيها ان يكون المؤجر موقوفا عليه فيوجر ثم يموت قبل انتهاء المدة فانها تبطل بموته ايضا الا ان يكون ناظرا على الوقف واجره لمصلحة العين بالنسبة الى البطون او الى الجميع فلا تبطل بموته لكن الصحيح ليس من حيث انه موقوف عليه بل من حيث انه ناظر وثالثها الموصى له بالمنفعة مدة حياته لو اجرها مدة ومات في اثنائها فانها تبطل ايضا لانتهاء استحقاقه قوله وكل ما صح اعارته صح اجارته اي ما صح اعارته بحسب الاصل لئلا يرد المنحة وانه يصح اعارتها ولا تصح اجارتها لكن حكمها ثابت بالنص بحسب الاصل اي القاعدة المعروفة فانها تقتضي ان المستعار ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه وهي ليست كذلك فحكمها مخالف للاصل واراد الكلية بحسب الغالب قوله واجارة المشاع جائزة كالمقسوم اذ لا مانع منه باعتبار عدم القسمة لامكان تسليمه واستيفاء منفعته المقصودة بموافقة الشريك ولا فرق بين ان يؤجره من شريكه وغيره وهو موضع وفاق وخالف فيه بعض العامة فمنع من اجارته لغير الشريك قوله والعين المستاجرة امانة لا يضمنها المستاجر الا بتعد او تفريط لا فرق في ذلك بين مدة الاجارة وبعدها قبل طلب المالك لها وبعده في اثناء الرد حيث لم يوجد اما كونها امانة في المدة فظاهر لانها مقبوضة باذن المالك لحق القابض واما بعده فلانه لا يجب على المستاجر رد العين الى المؤجر ولا مؤنة ذلك وانما يجب عليه التخلية بين المالك وبينها كالوديعة لاصالة برائة ذمته من وجوب الرد ولانها امانة قبل انقضاء المدة فتستصحب ولا يجب ردها بعد المطالبة والواجب بعدها تمكينه منها كغيرها من الامانات وخالف في ذلك جماعة منهم الشيخ وابن الجنيد لان ما بعد المدة غير ماذون فيه فيضمنها ويجب عليه مؤنة الرد وحكى العلامة في التحرير وجزم في غيره بعدم الضمان وعدم وجوب الرد قوله وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد اظهره المنع اي اشتراط ضمانها مع التلف من غير تعد ولا تفريط ففي صحة الشرط والعقد تردد من عموم المؤمنون عند شروطهم ومن مخالفته لمقتضى الاجارة فيفسد ثم على افساده هل يتبع العقد في الفساد قولان تقدم

نظيرهما في مواضع والاقوى بطلانهما معا لفساد الشرط ولا رضى بالعقد الا به قوله ويثبت في الاجارة خيار المجلس ولو شرط الخيار لاحدهما او لهما جاز سوا كانت معينة او لا خيار المجلس مختص بالبيع عندنا فلا يثبت فيها مع الاطلاق ولو شرط ففي صحته قولان احدهما نعم اختاره في ط لعموم المؤمنون عند شروطهم ويشكل بانه شرط مجهول لان المجلس يختلف بالزيادة والنقصان وانما اغتفر في البيع لانه ثابت فيه بالنص نعم لو ضبط بمدة صح الا انه يخرج عن حقيقة خيار المجلس ويصير خيار الشرط مقيدا بالمجلس ولا شبهة في جوازه لعموم الخبر سوا شرط لهما او لاحدهما او لاجنبي وسوا كانت معينة كان تستاجر هذه العين ام كان في الذمة كان تستاجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كبناء حائط لعموم الخبر في الجميع ونبه بقوله سوا كانت معينة او لا على خلاف بعض العامة حيث جوز خيار الشرط في المطلقة لا المعينة وهو بحكم قوله وكذا المميز الا ان ياذن وليه وفيه تردد قد تقدم الكلام في نظير هذه وان الاقوى البطلان مطلقا لان عبارته مسلوبة بالاصل فلا تصححها الاذن ولا الاجازة لرفع القلم عنه وهو يقتضي عدم الاعتداد بعبارته شرعا في حال واذن الولي لا يصيرها الناقص كاملا نعم لو شرع في الكامل المحجور عليه بسبب عرضي كالسفه قوله ان تكون الاجرة معلومة بالوزن او الكيل الى قوله وقيل تكفي المشاهدة وهو حسن وجه الحسن انتفاء معظم الغرر بالمشاهدة واصالة الصحة وهو اختيار جماعة منهم الشيخ والمرتضى والاقوى المنع لانها معاوضة لازمة مبنية على المغابنة والمكايسة فلا بد فيها من نفي الغرر عن العوضين وقد ثبت من الشارع اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون في البيع وعدم الاكتفاء بالمشاهدة فكذا في الاجارة لاتحاد طريق المسألتين ولنهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر مطلقا وهو ثابت ولصورة النزاع ومثله الموافق المعدود قوله وتملك الاجرة بنفس العقد لان المعاوضة اذا صحت اقتضت نقل الملك في كل من العوضين الى الآخر والاجارة من العقود اللازمة فيحصل انتقال الملك في العوضين بمجرد العقد كالبيع لكن لا يجب تسليم الاجرة الا بتسليم العين المؤجرة او بالعمل ان كانت

كانت الاجرة على عمل حتى لو كان المستاجر وصيا لم يجز له التسليم قبله الا مع الاذن صريحا او شاهد الحال ولو فرض توقف العمل على الاجرة كالحج وامتنع المستاجر من التسليم فالظاهر جواز فسخ الاجير قوله ويجب تعجيلها مع الاطلاق ومع اشتراط التعجيل المراد بتعجيلها مع الاطلاق وفي اول الاوقات وجوب دفعها وهو تمام العمل وتسليم العين المؤجرة لان تسليم احد العوضين يسلط على المطالبة بالاجرة بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك واما مع اشتراط التعجيل فلولي وفائدة الشرط مع ان الاطلاق يقتضيه مجرد التاكيد وقد يفيد فائدة اخرى وهي تسلط المؤجر على الفسخ لو شرط التعجيل في مدة مضبوطة فاخل به وكذا لو شرط القبض قبل العمل او قبل تسليم العين المؤجرة صح ووجب الوفا لعموم الخبر قوله ولو شرط التاجيل صح بشرط ان يكون معلوما وكذا لو كان شرطها في نجوم اذا شرط المستاجر تاجيل الاجرة الى امد بحيث لا يطالب بها وان تسلم العين المؤجرة الى ذلك الامد او شرط ذلك على المؤجر لعمل وان عمله صح لعموم الخبر لكن يشترط كون الاجل مضبوطا بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال ولا فرق بين المتحد كشهر والمتعدد بان يجعلها نجوما فيقسطها او يجعل لكل اجل قسطا معلوما منها وكذا لا فرق في ذلك بين الاجرة الواردة على معين شخصي والمطلقة الواردة على الذمة لعموم المانع عندنا خلافا لبعض العامة حيث منع من التاجيل في الثاني قياسا على السلم الذي يجب فيه قبض العوض وفساده واضح وتعليله قاصر قوله واذا وقف المؤجر على عيب في الاجرة سابق على القبض كان له الفسخ او المطالبة بالعوض ان كانت الاجرة مضمونة وان كانت معينة كان له الرد او الارش انما يجوز الفسخ في المطلقة مع تعذر العوض لان الاطلاق انما يحمل على الصحيح وهو امر كلي لا ينحصر في المدفوع اليه فلا يجوز الفسخ ابتداء نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ وله مع الرضا بالمعيب فيطالب بالارش عوض الفائت بالعيب لتعين المدفوع اليه لان يكون عوضا بتعذر غيره واما المعينة فيتخير مع ظهور عيبه كما ذكر لاقتضاء الاطلاق التسليم تعيينه مانع من البدل كالبيع قوله والحيوان ان يوجر المشترك فلا الحائط ولا الاجير بالكرها

استأجر الآن يوجر بغير جنس الاجرة او يحدث ما يقابل التفاوت وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز ان
يوجر الباقي بزيادة عن الاجرة والجنس واحد ويجوز باكثر منها هذا قول اكثر الاصحاب استنادا الى
روايات حملها على الكراهة طريق الجمع بينها وبين غيرها وفي بعضها التصريح بها وكذا الاقوى الجواز في
الجميع واما تعليل المنع باستلزامه الربا كما ذكره بعضهم ففساده واضح قوله ولو استأجره ليحمل
له متاعا الى موضع معين باجرة في وقت معين فان قصر عنه نقص من اجرته شيئا جاز ولو شرط
سقوط الاجرة ان لم يوصله لم يجز وكان له اجرة المثل هذا قول الاكثر ومستنده روايتان صحيحة
وموثقة عن محمد بن مسلم والحلبي عن الباقر عليه السلام ويشكل بجهالة الاجرة لحصول الترديد فيها على التقديرين
ويصير كما لو باعه بثمنين على تقديرين ومن ثم ذهب جماعة الى البطلان ويمكن حمل الاخبار على الجعالة
ومتى حكم بالبطلان ثبت اجرة المثل الا ان يشترط اسقاط الجميع فلا شيء مع عدم الاتيان به في
المعين ولو اتى به فيه وكغيره ويمكن القول بصحة الاجارة على التقدير الاول وهو شرط سقوط
الاجرة مع الاخلال بالمعين لانه لا يجعل لاحد شقي المستأجر عليه لخلوه عن الاجرة بل بيانا لتبعيض الجانب
وانها اذا عينت بوقت فاخل الاجير بالعمل فيه بطلت فاذا فعله في غيره لم يستحق شيئا فيكون
التعرض لذلك بيانا لنقيض الاجارة وشرطا لمقتضاها فلا ينافيها ح فيثبت المسمى ان اتى
في المعين ولا شيء في غيره للاخلال بمقتضاها وهذا تمام ما عليه الشهيد رحمه الله في اللمعة
قوله واذا قال آجرتك كل شهر بكذا صح في شهر وله في الزائد اجرة المثل ان سكن وقيل يبطل
لجهالة الاجرة والاول اشبه وجه الاشبهية ان الشهر معلوم وكذا اجرته ولا مانع من الصحة
فيه نعم يبطل الزائد لعدم انحصاره في وجه معين وكذا اجرته والاقوى البطلان
مطلقا للجهالة المقتضية للغرر اذ لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء معلوم من
العوض كون مجموع العوضين معلومين فان العوض هنا المجموع وهو مجهول قوله لو قال
ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان وفي غد نصفه فيه تردد
اظهره الجواز وجه الصحة فيهما ان كلا من الفعلين معلوم واجرته معلومة والواقع لا يخلو منهما

بعدم تعيين

ص ولو قال ان عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان ص

واصالة

واصالة الجواز ويشكل بمنع معلوميته اذ ليس المستأجر عليه المجموع ولا كل واحد وكذا الواجب فيكون
واحدا غير معين وذلك غير مبطل للاجارة كالبيع بثمنين نقدا ونسيئة والى الحلبي فا
البطلان نعم لو وقع ذلك جعالة صح وفاقا لابن ادريس ورده في التحرير بان الجعالة يعتبر فيها
تعيين الجعل وفيه ان مبنى الجعالة على الجهالة في العمل والجعل كمن رد عبدي فله نصفه ومن
رد عبدي فله كذا او محله غير معلوم كمن رد عبدي من موضع كذا فله كذا ومن موضع كذا
فله كذا مع الجهالة فيهما او قيد الرومي بما كان بدرزين والفارسي بما كان بدرز واحد قوله
ويستحق الاجير الاجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه او ملك المستأجر ومنهم من فرق ولا
يتوقف تسليم احدهما على الآخر قد تقدم ان الاجير يملك الاجرة بالعقد فالمراد باستحقاقها
هنا استحقاق المطالبة بها بعد العمل ووجه اختيار المص عدم توقف استحقاق المطالبة بها
على تسليم العين مطلقا ان العمل انما هو في ملك المستأجر او ما يجري مجراه فيكون ذلك كافيا
عن التسليم وان كان موضع العمل ملكا للاجير ويضعف بان المعاوضة لا تجب على كل من
المتعاوضين فيها التسليم الا مع تسليم الآخر فالاجود توقف المطالبة بها على تسليم العين وان
كان العمل في ملك المستأجر وما نقله من الفرق قول الشيخ بانه ان كان في ملك المستأجر لم
يتوقف على تسليمه لانه بيده تبعا للملك ولانه غير مسلم للاجير في الحقيقة وانما استعان في
شغله كما يستعان بالوكيل وان كان في ملك الاجير توقف وهو وسط اوجه من اطلاق
المص وكذا وسطا الذي اخترناه اوجه قوله وكل موضع يبطل فيه عقد الاجارة يجب فيه اجرة
المثل مع استيفاء المنفعة او بعضها سواء زادت عن المسمى او نقصت عنه انما كان
الثابت مع الفساد اجرة المثل لان مقتضاه رجوع كل عوض الى مالكه ومع استيفاء المنفعة
يمتنع ردها فيرجع الى بدلها وهو اجرة مثلها واستثنى الشهيد رحمه الله من ذلك ما لو
كان الفساد باشتراط عدم الاجرة في العقد او متضمنا كما لو لم يذكر اجرة فانه ح يقوى عدم
وجوب الاجرة لدخول العامل على ذلك وهو حسن وربما استشكل الحكم فيما لو كانت الاجرة

لا الجود

متضمنا له ره

متعلقة بمنفعة عين كدار مثلا فاستوفاها المستأجر بنفسه فان اشتراط عدم العوض انما كان
في العقد الفاسد الذي لا اثر لما تضمنه من التراضي فتحقق وجوب اجرة المثل كما لو باعه على انه لا ثمن
عليه واما لو كان مورد الاجارة منفعة الاجير فعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه المسمى ظاهر
لانه متبرع بالعمل وهو المباشر لاتلاف المنفعة ويندفع الاشكال فيهما بانه مع اشتراط عدم
الاجرة يكون اللفظ الوارد في ذلك دالا على اباحة العين المؤجرة فان العبارة لا تختص بلفظ
مخصوص بل ولا على لفظ مطلقا كما تقدم ولا شك ان اشتراط عدم الاجرة صريح في الاذن في
الانتفاع من غير عوض باللفظ فضلا عن القرينة فلا يترتب عليه ثبوت اجرة وقد يرد على القسم
الثاني الذي اعترف فيه بعدم ثبوت اجرة وهو ما لو عمل الاجير بنفسه انه قد لا يكون مبنيا على
كالامر من المستأجر فان مقتضى الفساد عدم تأثير ما وقع من اللفظ ح ولا يتحقق التبرع
الا مع عمل الاجير من غير سؤال وهنا فينبغي مع عدم ذكر الاجرة ثبوت اجرة المثل كما هو شأن
الامر لغيره بعمل من غير عقد فان قلت اي فائدة في تسميته عقدا فاسدا مع ثبوت هذه
الاحكام واقامته مقام العارية قلت فساده بالنسبة الى الاجرة بمعنى عدم ترتب احكامها
اللازمة لصحيح عقدها كوجوب العمل على الاجير ونحوه لا مطلق الاثر قوله ويكره ان يستعمل الاجير
قبل ان يقاطعه لما روي عن الصادق عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعمل اجيرا
حتى يعلمه ما اجره وفي حديث طويل عن الصادق عليه السلام يتضمن النهي عن ذلك ولهذا ما من
احد يعمل لك شيئا بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة اضعاف على اجرته الا ظن انك
قد انقصته اجرته فاذا قاطعته ثم اعطيته اجرته حمدك على الوفا فان زدته حبة عرف ذلك
ورأى انك قد زدته قوله وان يضمن الا مع التهمة وفيه تفسيرات آ ان يشهد شاهدان
على تفريطه فانه يكره تضمينه العين اذا لم يكن ثقة ب لو لم يقم عليه بينة وتوجه عليه اليمين يكره
تحليفه ليضمنه كذلك ج لو نكل عن اليمين المذكور وقضينا بالنكول كره تضمينه كذلك
د على يد بضمانه وانه لم يفرط كما اذا كان صانعا على ما يأتي في تضمينه ح الا مع عدم التهمة

على الاجرة ص

الرضا ره

يكره ص

بالنقص

بالنقص ه يكره له ان يشترط عليه الضمان بدون التفريط على القول بجواز الشرط و لو اقام
المستأجر شاهدا عليه بالتفريط كره له ان يحلف معه ليضمنه مع عدم التهمة ز لو لم نقض بالنكول
يكره له ان يحلف ليضمنه كذلك وكل الاربعة الاول سديدة والخامس مبني على صحة الشرط وقد بينا
فساده وفساد العقد به والاخيران فيهما ان المستأجر لا يمكنه الحلف الا مع العلم بالسبب الذي
يوجب الضمان ومع فرضه لا يكره تضمينه لاختصاص الكراهة بعدم تهمة فكيف ينفي ضمانه
قوله للمستأجر ان يوجر الا ان يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه هذا اذا حمله على تمليك
المنفعة منفردة وحينئذ يجوز له الايجار ويتوقف تسليم العين على اذن المالك اذ لا يلزم من
استحقاقه استيفاء المنفعة ولا اذن له في التسليم جواز تسليمها لغيره فلو سلمها الغير بدونه
ضمن كذا ذكره العلامة وجماعة وفتوى الشهيد رحمه الله الجواز من غير ضمان لان القبض
من ضرورات الاجارة للعين وقد حكم بجوازها والاذن في الشيء اذن في لوازمه ورد بمنع
كون القبض من لوازمها لامكان استيفاء المنفعة بدونه وهو الاقوى عدم الضمان لصحيحة
علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم الى الغير وغيره اولى
وما ذكره المص من منع الاجارة لغيره اذا شرط عليه الاستيفاء بنفسه وينبغي تقييده بما اذا لم
يشترط المستأجر الاول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه على جهة الوكالة اذ لو
شرط ذلك لم يقدح في صحة الاجارة لعدم منافاته لشرط الاستيفاء بنفسه فان استيفاءه
بنفسه اعم من استيفائه لنفسه قوله ولو شرط ذلك فسلم العين المستأجرة الى غيره
ضمنها قيد الضمان بتسليم العين لانه لا يضمن بمجرد اجارتها وان شرط عليه الاستيفاء بنفسه
لعدم التعدي اذ يمكن مع ذلك ان يستوفيها بنفسه على الوجه الذي ذكرناه سابقا ونحوه
قوله ولو آجر ذلك غير المالك تبرعا قيل بطلت وقيل وقف على اجازة المالك وهو
حسن الاشارة بذلك الى ما دل عليه الكلام السابق من العين الصالحة للاجارة والمراد انه
لو آجر غير المالك شيئا مما يصح للمالك ايجاره فضولا هل يقع باطلا او يقف على الاجارة قولان

انه ص

مع ص

وللخصوصية لهما بالاجارة بل الخلاف وارد في جميع عقود الفضولي ولكن قد يختص الاجارة على البيع بقوة جانب البطلان من حيث ان قصة عروة البارقي مع النبي صلى الله عليه وآله في شراء الشاة دلت على جواز بيع الفضولي وشرائه فقد يقال باختصاص الجواز بمحل النص وكا في تعديه الى الاجارة مطلقا قوله اما بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم واما بتقدير المدة كسكنى الدار والحمل على الدابة مدة معينة ليس التخيير في ذلك كليا بل المراد ان كل منفعة يمكن ضبطها بالعمل وبالزمان يكفي تقديرها بايهما كان نوع كما في استيجار الآدمي والدابة فانه يمكن استيجارهما بالزمان كالعقار وكالارضاع فلابد من تقديره به وضبطه والضابط العلم بالمنفعة على احد الوجهين ومدار العلم على ما فصلناه وجعل في التحرير ضابط ما يجوز بهما ما كان له عمل كالحيوان وما يختص بالزمان ما ليس له عمل كالدار والارض وبعض الاول كاستيجار الآدمي للارضاع فانه عمل ولا ينضبط الا بالزمان قوله ولو قدر بالمدة والعمل مثل ان يستاجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم قيل يبطل لان استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق وفيه تردد المراد من هذا التعليل ان استيفاء العمل في المدة المعينة وجب التطابق بحيث يتمان معا فقد لا يتفق غالبا لان هذا هو الذي علل به القائل بالبطلان لا ما يشعر به ظاهر تعليل المصنف من كون المدة ظرفا للفعل بحيث يتوقع فيها فان هذا يمكن جعله متفقا اتفاقا غالبا او معلوما عادة بتكثير المدة وتقريب وجه البطلان على الوجه المشهور ان الوجه بينهما على وجه المطابقة يستلزم الغرر فانه يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل وبالعكس فان امر بالاكمال في الاول لزم العمل في غير المدة المشروطة والا كان تاركا للعمل الذي وقع عليه العقد وان امر في الثاني بالعمل الى ان تنتهي المدة لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد وان لم يعمل كان تاركا للعمل في المدة المشروطة ولاختار في الحق الصحة محتجا بان الغرض انما يتعلق في ذلك غالبا بفراغ العمل ولا ثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان والفراغ امر ممكن لا غرر فيه فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان ملك الاجرة لحصول الغرض وان خرجت المدة قبله فللمستاجر الفسخ فان فسخ قبل عمل شيء فلا شيء او بعد شيء فاجرة مثل ما عمل وان اختار الا

الزم اللامام خارج المدة وليس له الفسخ والحق ان ما ذكره على المسمى فان الاجير بما حصل التواني في العمل وسبيله الى الزايد فينبغي ان يكون له اقل الامرين من المسمى ان كان اتم العمل وما يخصه منه على تقدير التقسيط ان لم يتم ومن اجرة مثل ذلك العمل وكا قوي البطلان اللامع ارادة الظرفية المطلقة وامكان وقوع العمل فيها قوله وكالاجير الخاص وهو الذي يستاجر مدة معينة لا يجوز له العمل لغير المستاجر الا باذنه الاجير الخاص هو الذي يستاجر للعمل بنفسه مدة معينة او عملا معينا مع تعيين اول زمانه كعمل شيء معين اول زمانه اليوم بحيث لا يتوانى في فعله حتى يفرغ منه ثم ان كان العمل مطلقا اقتضى استيجاره على هذا الوجه ملك جميع منافعه في الوقت الذي جرت العادة بالعمل فيه للمستاجر كالليل اذا لم يؤد الى الضعف في العمل المستاجر عليه ولا يجوز عمله في الوقت المعين عملا لا ينافي حق المستاجر كايقاع عقد ونحوه في حال اشتغاله او تردده في الطريق بحيث لا ينافيه وجهان من شهادة الحال بالاذن فيشمل ذلك الى النهي عن التصرف في ملك الغير بغير اذنه ومثله يأتي في استعمال عبد الغير بغير اذنه على هذا الوجه وسياتي تحقيقه في الوكالة والاولى بالجواز هنا وان كان العمل معينا فكذلك مع منافاة العمل المغاير للمعين امل في نفسه او بعضه او صفاته ومع عدم منفعته المخصوصة في شخص معين بحيث لا يجوز له العمل لغيره على ذلك الوجه ويقابله المشترك لا في مقابلة العام والمراد بالمشترك هنا المطلق كما ستعلمه اذا تقرر ذلك فنقول اذا عمل هذا الاجير لغير المستاجر عملا في الوقت المنهي عن العمل فيه فلا يخلو اما ان يكون بعقد اجارة او جعالة او تبرعا وعلى تقدير التبرع اما ان يكون لذلك العمل اجرة عادة او لا فان كان عمله بعقد تخير المستاجر بين فسخ عقده لفوات المنافع التي وقع عليها العقد فان كان ذلك قبل ان يعمل الاجير شيئا فلا شيء عليه وان كان بعده تبعضت الاجارة ولزمه من المسمى بالنسبة وح في لزوم الاجارة او الجعالة الثانية وجهان يلتفتان الى من باع ملك غيره فان قلنا بالصحة فلا شيء ولا رجوع الى اجرة المثل وسياتي وتخير ح في فسخ العقد الطاري والاجارة اذا لمنفعة مملوكة

له فالعاقد عليها فضولي فان فسخ رجع الى اجرة المثل عن المدة الفائتة لانها قيمة العمل المستحق له بعقد الاجارة وقد اتلف عليه ويتخير في الرجوع بها على الاجير لانه المباشر للاتلاف او المستاجر لانه المستوفي وان اجازه ثبت له المسمى فيه فان كان قبل قبض الاجير له فالمطالب المستاجر للاجر هنا بمنزلة فضولي باع ملك غيره فاجاز المالك فانه لا يطالب الفضولي بالثمن وان كان بعد القبض فان كانت الاجرة معينة في القبض فالمطالب بها من هي في يده وان كانت مطلقة فان اجاز القبض ايضا فالمطالب الاجير وكذا المطالب المستاجر ثم المستاجر يرجع على الاجير مع جهله او علمه وبقاء العين واطلق العلامة القول بتخيير المستاجر بين مطالبة الاجير والمستاجر في جميع هذه المواضع وهو غير واضح وان عمل بجعالة تخير مع عدم الفسخ بين اجازته فياخذ المسمى منه او من الجاعل بتقريب ما تقدم وعدمه فيرجع باجرة المثل لتحقق العدوان فيهما وكا فلا شيء وفي معنى التبرع عمله لنفسه فلو حاز شيئا من المباحات ونوى تملكه لنفسه ملكه وكان حكم الزمان المصروف في ذلك ما تقدم قوله فلو كان مشتركا جاز وهو الذي يستاجر لعمل مجرد عن المدة الاجير المشترك هو الذي يستاجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة او عن المدة مع تعيين المباشرة او مجرد عنهما فالاول كان يستاجره على تحصيل الخياطة يوما مثلا والثاني كان يستاجره ليخيط له ثوبا بنفسه من غير تعرض الى وقت والثالث كان يستاجره على تحصيل خياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان وسمي مشتركا لعدم انحصار منفعته في شخص معين اذ له ان يعمل لنفسه ولغيره وصدق الاشتراك على حقيقته بسبب استحقاقه العمل لغير المستاجر الا انه مشترك بالفعل بين المستاجر وشخص آخر غير الاجير ولو سماه مطلقا كما صنع الشهيد رحمه الله كان اولى لانه في مقابلة المقيد وهو الخاص وبه باعتبار ان الثلاثة ما بين الخاص يقول مطلق اذ الاول مطلق بالنسبة الى المباشرة والثاني بالنسبة الى المدة والثالث فيهما معا وحكمه جواز العمل لغير المستاجر مع عدم مطالبته له بالمبادرة مطلقا ووجوب تحصيل العمل فيها لنفسه في العمل لغيره في الاول والثالث وبنفسه في الثاني والفرق بين الاول والثالث وجوب تحصيل العمل

الاول في المدة المعينة ان كان معينا وقلنا بجوازه مطلقا لعلم ان الشهيد رحمه الله حكم في بعض تحقيقاته بان الاطلاق في كل المعاملات يقتضي التعجيل وانه يجب المبادرة الى ذلك الفعل فان كان مجردا عن المدة خاصة بنفسه وكا التخيير بينه وبين غيره وح فيقع الشك في بينه وبين عمل آخر في صورة المباشرة وفرع عليه منع صحة الاجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع المباشرة كا منع في الاجير الخاص وما تقدم في الاجارة للحج مؤيد لذلك فانهم حكموا بعدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع نصا او حكما كما لو اطلق فيهما او عين في احدهما بالسنة الاولى واطلق في الاخرى ولا ريب ان ما ذكره احوط وان كان توجيهه غير ظاهر لعدم دليل يدل على الفورية وعموم الامر بالايفاء بالعقود ونحوه لا يدل بمطلقه على الفورية عندهم وعند غيرهم من المحققين سلمنا لكن الامر بالشيء انما يقتضي النهي عن ضده العام وهو الامر الكلي لا الافراد الخاصة سلمنا لكن النهي في غير العبادة لا يدل على الفساد عندهم وكا استناد الى ما ذكره في الحج لبن حجة بمجرده ويتفرع على ذلك وجوب مبادرة الاجير للصلاة الى القضاء بحسب الامكان وعدم جواز اجارته نفسه ثانيا قبل الاتمام واما تخصيص الوجوب بصلوات مخصوصة وايام معينة فهو من الهذيانات النادرة والتحكمات الفاسدة قوله ويملك المنفعة بنفس العقد كما يملك الاجرة قد تقدم ان الاجرة تملك بالعقد والغرض هنا بيان كون المنفعة تملك به ايضا ووجهه ما تقدم من ان صحة المعاوضة تقتضي انتقال كل من العوضين الى الآخر والعوض عن جانب الاجير والموجر هو المنفعة فيلزم انتقالها الى المستاجر بنفس العقد وان كانت انما يتوفى منها على التدريج فان معنى ملكها كونها حقا من حقوقه فيصح له استيفاؤها ونقلها الى غيره وغير ذلك من لوازم الحقوق المالية وان لم يكن لها معنى للملك الا ذلك فان كونها مملوكة للموجر قبل الاجارة معناه ان له ان يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما آجرها صار المستاجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه الموجر وخالف في ذلك بعض العامة فزعم ان المستاجر لا يملك المنفعة بالعقد لانها معدومة وح انما يملكها على التدريج شيئا فشيئا بحسب وجود

وجعلتها على ملك الموجر وملك الاجرة تابع لملك المنفعة فلا يملكها الموجر الا بقدر ما يجب لكل
وليس بشيء **قوله** وهل يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد قيل نعم ولو اطلق وقيل الاطلاق
يقتضي الاتصال وهو اشبه **ش** القول بالبطلان مع الاطلاق والتصريح بعدم الاتصال للشيخ
رحمه الله وكان قوي الحجة مع الاطلاق فان دل العرف على اقتضائه الاتصال وكان فلا جهالة
واما القول بان الاطلاق يقتضي الاتصال مطلقا ففيه انه اعم فلا يدل على الخاص الا ان يدعي
تسليم الحكم مع وجودها لا مطلقا **قوله** ولو عين شهرا متاخرا عن العقد قيل يبطل والوجه الجواز
القول بالبطلان للشيخ رحمه الله محتجا بان الاجارة تقتضي استحقاق التسليم بالعقد وهو منتف
في الفرض وبانه لا دليل على الصحة وجوابه منع كون مطلق الاجارة يقتضي التسليم بالعقد وانما يقتضي
المنافع ودليل الصحة عموم الادلة الدالة على الامر بالوفاء بالعقد وصحة هذه المعاملة
فان شرط الاتصال يقتضي عموم الادلة كل واحد من الانواع التي تشتمل عليها مدة الاجارة
عليه وليس متصلا منها بالعقد سوى الجزء الاول ومتى كان اتصال باقي الاجزاء غير شرط وكذا
اتصال الجميع **قوله** واذا سلم العين المستاجرة ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة لزمت
الاجرة وفيه تفصيل **ش** المراد بالمدة التي يمكن استيفاء المنفعة فيها ما تعينت شرعا للاستيفاء
اما بالتعيين او بما في حكمه كما اذا عينت المنفعة بالعمل فان يعتبر انقضاء الزمان الذي يسعها عادة
وانما قيدناها بذلك ليخرج منه ما لو سلمها قبل المدة المشروطة متاخرة عن العقد فانها لا تستقر
بهذا التسليم ولا فرق في ثبوت الاجرة عليه بالتسليم بين كون الاجارة صحيحة او فاسدة لان
المنافع اذا كانت مضمونة بالقبض الصحيح فكذا الفاسد لكن بعينه لاجل ذلك كما سلف من ان
لكن مع الفساد يلزم اجرة المثل عما فات من المنافع في يده وفي حكم التسليم ما لو بذل العين ولم
ياخذها المستاجر حتى انقضت المدة او مضت مدة يمكنه الاستيفاء فيستقر الاجرة لكن
هنا لا بد من تقييده بالصحيح واما التفصيل الذي اشار اليه المصنف فيمكن ان يشير به الى ما
ذكره الشيخ في ظاهر الاجرة انما تستقر في المعينة لا المطلقة كما يفهم من الاول عن كلامه وكذا الثاني

يحوي ويمكن ان يريد بيان الحكم فيما لو كانت العين المستاجرة غير حر ولو كانت الاجارة على
عمل الحر فسلم نفسه وسلمه او بتسليمه ولو خلى بينه وبين العمل في المدة لم تستقر لان منافع الحر
لا تدخل تحت اليد بخلاف غيره ويمكن ان يكون اشارة الى الفرق بين المعينة لوقت والمتعلقة بالكل
مجردة عن الزمان فتستقر في الاول دون الثاني للاحتمال لا زمن صالح لها والحق عدم الفرق في
ذلك كله وان الحكم على ما قررناه وبخط شيخنا الشهيد على شرايعه لعله ذكر التفصيل
الاول قال وكل حاصل لا تعتبر هي التفصيل من غير اشارة الى جهته **قوله** او استاجر كعلع
ضرسه فمضت المدة التي يمكن ايقاع ذلك فيها فلم يقلعه المستاجر استقرت الاجرة اما
لو زال الالم عقيب العقد سقطت الاجرة **ش** المراد ان الاجير سلم نفسه للعمل وامتنع المستاجر
من غير عذر فان الاجرة تستقر بالتمكين المذكور ونبه بذلك على ان الاجير في هذا ونظائره
بمنزلة العين المحبوسة عن تسليمها استيفاء وفيه رد على التفصيل بالمعنى الثاني واعلم ان
المستاجر للقلع لا يجب عليه تسليم نفسه بالاستيجار بل له الامتناع منه تشهيا وان استقرت
الاجرة وانما سقطت الاجرة بالبرء لبطلان الاجارة من حيث تعلقها بمنفعة لا يجوز استيفاؤها
شرعا اذ لا يجوز قلع الضرس وادخال الالم على النفس لغير ضرورة فلا يصح الاستيجار عليه كما لو
استاجر لقلعه ابتداء من غير الم او لقطع يده من غير سبب يوجبه اما لو كانت متاكلة يخاف
من سريانه المرض فهي كالضرس الفاسد والمرجع في ذلك الى اهل الخبرة او التجربة **قوله**
ولو استاجر شيئا فتلف قبل قبضه بطلت الاجارة وكذا لو تلف عقيب قبضه اما لو انقضى بعض
المدة ثم تلف او تجدد فسخ الاجارة صح فيما مضى وبطل في الباقي **ش** المراد بالتالف المعين في
عقد الاجارة استيفاء المنفعة منه كما يرشد اليه ظاهر العبارة وبطلان الاجارة حينئذ واضح
لانه احد العوضين فاذا فات قبل قبضه بطل كالبيع ومكان استيفاء هنا المنفعة بتمامها
قائم مقام القبض في المبيع كما ان استيفاء البعض كقبض بعضه ولو كانت الاجارة في الذمة
وسلم عينا للاستيفاء منها فتلفت فالاجارة باقية والمراد بتلفها عقيب القبض وقوع تعذر

متعلقها الزمه غير معينة بتعيين شخصية **قوله** ويلزم موجر الدابة كل ما يحتاج اليه في امكان الركوب
من الرحل والقتب والالة والحزام والزمام **ش** الضابط كل ما جرت العادة بالتوطئة به للركوب او
الاستعانة به بالنسبة الى نوع الدابة المعينة فيجب البرذعة والسرج للدابة التي تعتاد ونحو
ذلك وكذا اللجام والزمام وغيرهما من الالات وكذا يعتبر السائق والقائد مع اقتضاء العادة
لهما او لاحدهما وكذا يجب اعانة على الركوب والنزول اما برفعه ان كان يمكنه ذلك ومعه اهله
او بروك الجمل ان كان عاجزا او قادرا ولكن لم تقتض العادة لمثله كالمراة والشيخ الكبير
المريض ولو كان المستاجر قويا يتمكن من فعل ذلك بنفسه لم يجب اعانته كل ذلك مع اشتراط
المستاجر على الاجير المصاحبة او قضاء العادة بها او كانت الاجارة للركوب في الذمة اما لو
كانت مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها كيف شاء ولم تقتض العادة بذلك لم يجب جميع الافعال
على الراكب **قوله** وفي رفع المحمل وشده تردد اظهره اللزوم **ش** هذا هو الاقوى لقضاء العادة
ولانه من اسباب التهيئة والتحميل الواجب على الموجر فيجب نعم لو شرط خلاف ذلك اتبع شرطه ولو
ولو اجرها للدوران بالدولاب افتقر الى مشاهدته ولو امكن الوصف الرافع للجهالة كفى وكذا
يشترط معرفة عمق البئر بالمشاهدة او الوصف ان امكن الضبط به وتقدير العمل بالزمان
كاليوم او بملء بركة معينة بالمشاهدة او المساحة لانه يختلف وان شوهد للاختلاف
بقربهما بالماء وعدمه وحرارة الهواء وبرودته **قوله** فان كان للحرث جريب معلوم فلا
بد من مشاهدة الارض او وصفها وان كان لعمل مدة كفى تقدير المدة **ش** الكلام المصنف في
معرفة الارض بالوصف هو الظاهر بل ربما كان ابلغ من المشاهدة لان صاحب الارض
قد يطلع من باطنها ما لا يظهر بمشاهدة ظاهرها وفي التذكرة اعتبر المشاهدة فلم يكتف
بالوصف محتجا انه يختلف فبعضها صلب يتصعب حرثه على البقر ومستعملها وبعضها رخو
سهل وبعضها فيه حجارة تتعلق بها السكة ومثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهدة دون
الوصف وفيه امر مع انه مشاهدة ظاهر الارض لا تفيد ذلك وانما الظاهر العمل وهو متوقف

على صحة الاجارة وبعد ادنى من بالمشاهدة معرفة ما يحصل الى العمل بل في اعتبار ذلك نوع من الحرج
والغاية المراد من ذلك رفع الجهالة العادية لا الضبط الكلي ويمكن التوصل الى ذلك باخبار
الخبير في مواضع على وجه يرفع الغرر هنا اذا قدر بالعمل ولو قدر بالمدة لم يعتبر معرفة الارض
لكن يعتبر تعيين الدابة التي تستعمل في الحرث اما بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة ولو
قدر بالارض لم يحتج الى معرفة الدابة وهل يعتبر معرفة السكة وجهان اجودهما الاكتفاء فيها
بما يتناوله في الارض بالعادة **قوله** فلا بد من تعيين وقت السير ليلا او نهارا الا ان يكون
هناك عادة فيكتفى بها **ش** انما وجب تعيين الوقت لاختلاف الناس في ذلك الموجب للجهالة
بسبب اختلاف فيجب التعيين مع عدم العادة المعينة لسالك الطريق ويشكل الحكم فيما اذا
اختلف السير ولم يكن التعيين اليهما كطريق الحاج فان مقتضى تحقق بيان السير عدم
صحة الاستيجار فيها الا ان تستقر العادة بسير مخصوص في سالك المستحب ملياته بها
عادة من السنين وفي جواز منع من الاستيجار في الطريق التي ليس لها منازل مضبوطة
اذا كانت مخوفة لا يمكن ضبطها باختيارهما **قوله** ويصح ان يستاجر اثنان جملا او غيره للعقبة
ويرجع في التناوب الى العادة **ش** العقبة بضم العين النوبة وهما يتعاقبان على الراحلة اذا
ركبها هذا تارة وهذا اخرى فان كان هناك عادة مضبوطة اما بالزمان او المسافة
حمل الاطلاق عليها ولا وجب التعيين ولو اتفقا في المنضبط بالعادة على خلافها فان
ضبطاه صح وليعتبر تعيين مبدأ الركوب ومن يركب منهما اولا والا فكيفي في التذكرة بالقرعة
المفضية الى التنازع مع امكان رفعها **قوله** واذا اكترى دابة فان عليها زيادة عن العادة
او ضربها كذلك او الجمها باللجام من غير ضرورة ضمن **ش** اي اسرع السير بها زائدا عن عادة
امثالها بحسب نوعها ووصفها في تلك الطريق فان ذلك لا يجوز فيضمن به والتقييد في
الضرب بالزيادة عن العادة يدل بمفهومه على انه لو ضربها بما جرت العادة به لم يضمن حملا على
المعتاد فان ذلك مما اقتضاه عقد الاجارة وان لم ياذن فيه صريحا خلافا للتذكرة حيث

حكم بالضمان بالضرب مطلقا محتجا بان الاذن مشروط بالسلامة وما اختاره المصنف اوجه والمراد
بكبح الدابة جذبها باللجام حتى تقف قال الجوهري كبحت الدابة اذا جذبتها اليك باللجام
لكي تقف ولا تجري يقال اكبحتها وكبحتها هذه وحدها بلا الف عن الاصمعي **قوله** ولا
تصح اجارة العقار الا مع التعيين بالمشاهدة او بالاشارة الى موضع معين موصوف بما
يرفع الجهالة العقار بالفتح الارض والبيوت والشجر والمراد هنا ما يجوز استيجاره
منه فيجب مشاهدة الارض المستاجرة للزرع او الغرس او غيرهما او ما هو اعم او وصفها
بما يرفع الجهالة واشترط المصنف في الموصوف ان يكون عينا شخصية فلا يكفي ايجار عقار موصوف
في الذمة محتجا بالغرر وفيه نظر فان الوصف الرافع للجهالة كيف يجامع الغرر والفرق
بينه وبين المعين الموصوف غير واضح نعم لو علل بعسر تحصيل الموصوف لاختلاف العقار
في الخواص والاوصاف اختلافا كثيرا بحيث يعسر الوقوف على ماهيته امكن وقد وافق على هذا
المفصل في التحرير واطلق في القواعد والتذكرة والارشاد الاكتفاء بالوصف **قوله** واذا
استاجره فلا بد من تعيين الصانع دفعا للغرر الناشي من تفاوتهم في الصنعة اي اذا
استاجره لعمل من الاعمال التي تختلف فيها الصناع بالخفة والبطوء كالخياطة والكتابة
لم يصح جعله في الذمة بحيث يحصل عن شاء المالك ذلك من الاختلاف الكثير الموجب للغرر بل لا
بد من تعيين الصانع سواء كان هو الموجر ام غيره مع امكان تحصيل المنفعة منه لعدم انضباطه
حينئذ ويفهم من تقييد المنع بالمدة انه لو وقع الاستيجار على عمل معين كنسخ الكتاب المعين
او خياطة الثوب المخصوص صح وان لم يعين الصانع لان الاختلاف في الخفة والبطوء المقتضي
للزيادة في العمل والنقيصة غير قادح لحصول المطلوب وهو العمل المعين بوجه وتحقيقه على
الوجه الذي قررناه ان منشا الاختلاف المانع من جهة الزيادة والنقيصة اما من
حيث الظاهر من العبارة ان المانع منتف وانه في الصنعة الشامل للاختلاف فيها بحسب
الجودة والرداءة فلا فرق فيه بين المعين بالعمل والمدة لكن الاول اوثق لتحصيل الفرق وانما

وكبحتها

اوثق

ضبط

ضبط الاوصاف التي يحصل باختلافها الغرض في العمل فلا بد منه في صحة الاجارة كغيره من الامور
التي تعتبر ضبطها او حينئذ فيرتفع الغرر من هذه الجهة اما التقدير بالعمل المعين في المدة المعينة
فلا ينضبط بل لا يصح المعرض اليه كما سبق فلا بد من تعيين الصانع على وجه يرتفع به هذا النوع
من الغرر وهذه المسالة لم ار من تعرض لها غير المصنف نعم ذكرها الشافعية في كتبهم وجعلوا
في صحة الاطلاق مع تعيين المدة وجهين **قوله** ولو استاجر لحفر البئر لم يكن بد من تعيين الارض
وقدر نزولها وسعتها اي اطلاق التعيين يشمل المشاهدة والوصف الرافع للجهالة وقد سبق
مثله في ارض الحرث وفي التذكرة والقواعد اعتبر هنا المشاهدة خاصة وفي الارشاد عكس
واعتبر المشاهدة خاصة في ارض الحرث واكتفى هنا بمطلق التعيين كما اطلق المصنف ويمكن ان
يريد بالتعيين المشاهدة لانها ادخل في حقيقته لان المشاهدة لما كان المراد منها الاطلاع
على ظاهرها لا يستطيعون باطنها اذ لا يمكن معرفة الباطن الا بالعمل فاما لم يكن المشاهدة اضبط
من الوصف بل ربما كان الوصف اضبط منها لامكان اطلاع المستاجر على الباطن بكثرة الممارسة
هذا وانما اعتبر تعيين النزول والسعة مع تقدير العمل بتعيين المحفور اما لو قدره بالمدة
لم يفتقر الى ذلك مع احتماله لاختلاف العمل بذلك سهولة وصعوبة **قوله** ولو حفر فانهار تراب
او بعضها لم يلزم الاجير ازالته وكان ذلك على المالك اي لو حفر منه من جميع جوانبها او
بعضها وعدم وجوب ازالته ظاهر لامتثال الاجير ما يجب عليه وعدم تضمن عقد الاجارة
لذلك وضمير ازالته يعود الى التراب الساقط المدلول عليه بالانهيار ولو وقع من التراب
المرفوع شيء وجب على الاجير ازالته لاستناده الى تقصيره في الوضع اذ يجب نقله عن المحفور
بحيث لا يرجع اليه والمرجع في قدر البعد الى العرف **قوله** ولو حفر بعض ما وقع عليه ثم تعذر حفر
الباقي اما لصعوبة الارض او مرض الاجير او غير ذلك قوم حفرها وما حفره منها ويرجع عليه
بنسبته من الاجرة وفي المسالة قول آخر مستند الى رواية مهجورة ضمير عليه يعود الى الا
والرجوع هو المستاجر هذا هو الظاهر من سياق العبارة ومرجع ضمير بنسبته يرجع الى المتعاقـ

معتبر

بالانهيار

قوطع

جيبي صحيحه

قوطع

من الاجرة بنسبته لانه المختلف من العمل

المستفاد من نسبة المحفور الى ما وقع عليه اجمع لان ذلك هو الذي يرجع المستاجر به ان كان قد سلم
الاجر بالعقد كما سبق ويمكن ان يكون يرجع منسوبا الى المعلوم وقوفا على ضمير عائد الى الاجير المذكور
مرتين او ضمير عليه عائد على المستاجر المدلول عليه بالمقام وضمير بنسبته راجع الى المذكور سابقا
وهو ما حفره منها او كلام متقارب من جهة التركيب اللفظي الا في كل واحد ولا بد من عود
الضمير من دون ان يكون ملفوظا والمراد من الاجرة اجرة المثل لانها هي المعتبر في النسبة والمرجع
موجر من المسمى بتلك النسبة ويجوز ان يريد بالاجرة المسمى والحاصل لا يرجع والتقدير انه يرجع
من المسمى بنسبة ما حفر او ما بقي الى اجرة مثل المجموع والحاصل ان الاجير المذكور اذا حفر بعض ما
استوجر عليه وتعذر عليه الاكمال فله من المسمى بنسبة ما عمل الى المجموع وطريق معرفته ان ينسب
اجرة مثل ما عمل الى اجرة مثل المجموع بان يقوم جميع العمل المستاجر عليه ويقوم ما عمل منفردا
وينسب الى المجموع فيستحق الاجير من المسمى بتلك النسبة ويرجع المستاجر بالباقي ولو فرض تساوي
اجرة الاجزاء فله من الاجرة على قدر ما عمل فلو استاجره على حفر بئر عشرة اذرع طولا وعرضا وعمقا
فحفر خمسا من الابعاد الثلاثة فهو ثمن المقدار المستاجر وطريق التساوي له ثمن الاجرة ومع الحساب
بالحساب وانما كان ذلك ثمنا لان مضروب العشرة في الابعاد الثلاثة الف ومضروب الخمسة في
الابعاد الثلاثة كذلك مائة وخمسة وعشرون وهو ثمن الالف وطريق معرفته بالاعتبار انه
لم يحفر من النصف الاسفل شيئا ولا من نصف النصف الاعلى ولا من نصف نصفه وذلك
سبعة اثمان وعلى هذا الحساب قياس الباقي من الفروض والقول الآخر الذي اشار اليه
المصنف للشيخ في بعض كتبه استنادا الى رواية ابي شعيب المحاملي عن الرفاعي قال سألت ابا عبد الله عليه السلام
عن رجل قبل رجلا ان يحفر له بئرا عشر قامات بعشرة دراهم فحفر له قامة ثم عجز قال يقسم عشره
على خمسة وخمسين جزءا فما اصاب واحدا فهو للقامة الاولى والاثنين للاثنين والثلاث للثلاث
وهكذا الى العاشرة وفي ذلك استيفاء الخمسة والخمسين ولكن في بلوغ العدد هذا المقدار
طريقان احدهما ان تزيد اول الاعداد على اكثرها وتضرب نصف المجتمع في اكثرها فيحصل المثال

يجمع

ويضرب نصف المجموع وهو خمسة في عشرة وهو خمسة وخمسين والثاني ان تضرب العدد الاكثر وهو عشرة

عدد القامات

يجمع واحد اول الاعداد مع عشرة في نفسه فما بلغ زيد عليه جذره وهو عشرة ونصف فيقع المبلغ
مضروب العشرة في نفسه مائة او تجذر ذلك عشرة واذا انصف كانت خمسة وخمسين وذلك مجموع
الاعداد المحتوم عليها وهذه الرواية محمولة على ما اذا تساوت القامات على هذا الوجه بحيث
يكون نسبة القامة الاولى الى الثانية انها بقدر نصفها في المشقة والاجرة وهكذا او وقع ذلك
حكم في واقعة معينة فلا يتعدى مع ان الشيخ لم يذكرها في سبيل جهة الفتوى وانما نقلها بلفظ
الرواية في خط ذكر الحكم واختاره المصنف والجماعة وقال وقد روى اصحابنا في مثل هذا مقدار
ذكرناه في النهاية فلا يتعين لذلك قولا وعلى تقدير العمل بمضمونها لا يتعدى لما ذكرناه ولو
قيل بالتعدي وكان المستاجر عليه خمسة قسمت على خمسة عشر وللاربعة على عشرة وهكذا
عملا بما ذكرناه من الضابط ولكن الى طرف الزيادة **قوله** ويجوز استيجار المراة للرضاع مدة
معينة باذن الزوج فان لم ياذن ففيه تردد والجواز اشبه اذا لم يمنع الرضاع حقه اي يجوز
للزوجة اجارة نفسها للرضاع وغيره مع اذن الزوج مطلقا عندنا لانها حرة مالكة لمنافعها
فجاز لها صرفها الى الغير بعوض وغيره ولعلم باذن الزوج فان منع شيئا من حقوقه توقف على
اجازته قطعا للمنافاة وسبق حقه وان لم يمنع ففي الصحة قولان احدهما وهو الذي اختاره
المصنف الصحة لاصالتها وعموم الامر بالوفاء بالعقود ولما ذكرناه من التعليل فانها مالكة لمنافعها التي
لا تعلق للزوج بها فلها نقلها الى الغير وهي ما يمنع شيئا من حقوقه فلا مانع لا يرتفع بالطلاق
خلافا للعلامة في القواعد حيث حكم ببطلانه في القواعد والقول الآخر للشيخ رحمه الله وجماعة
المنع من دون اذنه مطلقا محتجا بانه لا دليل على الصحة وقد عرفته وربما احتج عليه بان الزوج
مالك لمنافعها بالعقد فلا يجوز لها نقلها الى غيره وهو ضعيف لانه انما يملك منافع الاستمتاع
لا مطلقا ولو فرض تقدم الاستيجار على النكاح فلا اعتراض للزوج وطعا لسبق حق
المستاجر وله الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الارضاع وليس لولي الطفل منع الزوج
الوطء مع عدم تضرر الولد به وعدم لمنعه لسبق حقه وكذا القول فيما لو آجرته للارضاع

للارضاع

ستمتاع

لمنعه

ثم زوجها وكل موضع يمنع الزوج فيه من الوطء لحق الارضاع تسقط فيه النفقة عند ملاك المدة لعدم التمكين
التام قوله ولا بد من مشاهدة الصبي لاختلاف الاولاد في هذه المنفعة كبرا وصغرا او نهمة وغيرهما
والوصف لا يفي بضبطه وفي حكم الصبي الصبية وتخصيصه بالذكر جيد طبعه قوله وهل يشترط ذكر
الموضع الذي ترضعه فيه قيل نعم وفيه تردد وجه الاشتراط اختلاف حال الارضاع في
السهولة والصعوبة والنفع فان بيت المرضعة اسهل عليها وبيت الولي اوثق له ووجه الاصالة عدم
الاشتراط وهو الاقوى الاشتراط وكذا القول في كل موضع يختلف فيه الفعل واعلم ان حكم
الاستيجار للارضاع ثابت على خلاف الاصل لان متعلق الاجارة الاعيان لتستوفي منها
المنافع والركن الاعظم في الرضاعة اللبن وهو عين تالف بالارضاع فيكون المعاوضة عليه
بالاجارة خارجة عن موضوعها ومثلها استيجار المصنع والبئر للاستقاء منه ومن ثم ذهب
بعضهم الى ان المنفعة المستحقة هنا التي هي متعلق الاجارة المرضعة من حيث حملها للولد
ووضعه في حجرها ووضع الثدي في فيه ونحو ذلك من الاعمال الصادرة عنها لا نفس اللبن
ويضعف بان المقصود بالذات هو اللبن وهذه الامور كلها تابعة او مقدمة والاجود ان المعقود
مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن وجوازه حينئذ مع ان بعض متعلقه عين ذاهبة للنص وهو
قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وفعل النبي صلى الله عليه وآله ومن بعده من الائمة
ويمكن ان يقال على تقدير كون المراد المجموع ان اللبن يكون تابعا لكثرة قيمة غيره من المنافع وقلة
قيمة اللبن وان كان اللبن مقصودا من وجه آخر وثبت للتابع من الحكم ما لا يثبت
للمتبوع ومثله العقد في الصبغ قوله ولو مات الصبي او المرضعة بطل العقد ولو مات ابوه
بني على القولين اما موت الصبي فلا اشكال في بطلان الاجارة به لفوات ما تعلق العقد
باستيفاء المنفعة واما موت المرضعة فقد اطلق المصنف البطلان به ووجهه هلاك
المنفعة بهلاك محلها فتبطل الاجارة كما لو تلفت الدابة المستأجرة وهو تام مع كونها معينة
للارضاع بنفسها كما هو الظاهر من اللفظ بالحكم ولو كانت مضمونة في ذمتها فالاقوى عدم
البطلان

الاب بل يبطل مر
فوات مر
بموت مر

البطلان كغيرها من الاجارات المتعلقة بالذمة لان الارضاع حق في ذمتها بمنزلة الدين فينتقل
مالها اذا فاتت نفسها فتخرج اجرة المثل لما بقي من المدة من اصل تركتها للنهاية فيه الوجب في
الذمة وبعض الى وليه ويحتمل وجوب استيجار وليها عليها من تركتها لان الواجب في ذمتها
هو الارضاع ولم يتعذر وكذا لا تنفسخ الاجارة واما موت ابيه فمبني على القولين في ان
موت المستأجر هل تبطل به الاجارة ام لا وقد تقدم ان الاقوى العدم نعم لو كان الولد معسرا
واستأجر الاب عليه بماله في ذمته او في ذمة الاب ولم يخلف تركة توجه جواز فسخها لا انها
تبطل بذلك وفي عدول المصنف على القولين اشارة لطيفة الى الرد على ابن ادريس حيث حكم
في كتاب المتاجر انها لا تبطل وحكم هنا انها تبطل بموت الاب محتجا بالاجماع على
ان موت المستأجر يبطلها والحال ان المسألة واحدة وفيها القولان ففصلها كما ذكره تحكم او تناقض
قوله ولو استأجر شيئا مدة معينة لم يجب تقسيط الاجرة على اجزائها سواء كانت قصيرة او طويلة
هذه المسألة لا تختص بنوع من الاجارة بل هي متعلقة بنفسها آتية في جميع مواردها والخلاف
عندنا في حكمها وانما نبه به على خلاف بعض العامة حيث اوجب تقسيط الاجرة في متن العقد
على اجزاء المدة ان كانت فصاعدا حذرا من الاحتياج الى تقسيط الاجرة على المدة على تقدير
لحوق الانفساخ بتلف العين وغيره وذلك مما يتعذر معرفته والاجماع على عدم وجوب
التقسيط في السنة الواحدة فما دونها مع وجود ما ذكره وفي ايراده اشار المصنف بقوله
سواء كانت طويلة او قصيرة لان موضع النزاع الطويلة على الوجه المذكور واعلم انه متى
قسط الاجرة على اجزاء المدة تساوت او تفاوتت في التقسيط لزم اتفقت ولو تلفت العين في
اثناء المدة كانت اجرة ما مضى بحسب ما شرط ولو لم يتلف في اثناء جزء منها بعد مضي اجزاء
تبعا سمي لتلك الاجزاء او قسط المسمى لذلك الجزء على اجزائه ولم يقسط في متن العقد وقسط
المسمى على جميع المدة ووجه بحسبه قوله ويجوز استيجار الارض لتعمل مسجدا لان ذلك غرض
مقصود راجح فضلا عن اباحته متقوم فتصح الاجارة له نعم لا تثبت لها احكام المسجد
لكن

موت مر
فتفصيلها
وله طويلة
سنتين مر
يتشق او مر
قصيرة او طويلة
جائزة مر

لان شرطه ان يكون موقوفا والوقف شرطه التأبيد والاجارة ينافيها التأبيد فاذا انتفى في الحكم
تنافيا في الخاص وهي من جملة الاحكام واطلاق المسجد على الارض المذكورة بسبب اعدادها
للصلاة اما بحسب المجاز لهذه المناسبة او يجعل المسجد مشتركا بين ما له حرمة وغيره كمسجد بيته
الا انسان في بيته لصلاته وصلاة اهله وقد تقدم في بابه قوله ويجوز استيجار الدراهم والدنانير
ان تحققت لها منفعة حكمية مع بقاء عينها لما كان شرط العين المؤجرة امكان الانتفاع بها مع
بقاء عينها وكان الغرض الذاتي من هذين النقدين لا يتم الا بذهابهما ومفارقتهما ما كان منافع اخر
مع بقاء عينها بان يتزين بهما او يتجمل ويدفع عن نفسه ظاهر الفقر والفاقة فان دفع ذلك غرض
مطلوب شرعا حتى كان الائمة عليهم السلام يقترضون اموالا ويظهرونها للناس او يدفعونها الى عمال
الصدقة مظهرين انها زكوة اموالهم ليظهر بذلك غناهم ومن جملة الاغراض المقصودة بها
ايضا نثرها في الاعراس ونحوها ثم تجمع والضرب على سكتها ونحو ذلك وكان القول بجواز اجارتها
قويا وربما اشعر كلام المصنف بتردده في ان هذه المنافع هل يعتد بها وتتقوم بالمال على وجه تجوز
الاجارة ام لا لتعليقه الجواز على شرط تحقق المنفعة مع انها مشهورة ومع ذلك لا اشكال
في الاكتفاء بها وقد صرح العلامة بالاشكال فيها في بعض كتبه وجزم بالجواز في بعضها وفرع
للمنع الذي هو احد شقي الاشكال بانتفاء قصد هذه المنافع شرعا ولهذا لا تضمن منفعتها
بالغصب فرع تقومها وهو موضع النزاع ولا يصلح دليلا فيه الا من جوز اجارتها فقد جعل
الاجرة في مقابلة هذه المنافع وهي متقومة بالمال فتضمن بالغصب وحيث جاز استئجارها
لا يشترط تعيين جهة الانتفاع لعينها من الاعيان لان المعتبر صلاحية العين للمنفعة المقصودة
لا ذكرها في العقد وكذا يجوز استيجار الشمع للتزيين لا للضوء والتفاح للشم ونحو الاستيجار
للاستظلال وان لم يعين المنفعة المقصودة والضابط جواز استيجار العين المشتملة على منفعة
محللة مقابلتها بمال قوله ولو استأجره لحمل عشرة اقفزة من صبرة فاعتبرها ثم حملها فكانت
اكثر فان كان المعتبر هو المستأجر فله اجرة المثل عن الزيادة وضمن الدابة ان تلفت لتحقق العدوان
وان

عرض مر
وفيه نظر لان ضمانها بالغصب مر

وان اعتبرها المؤجر لم يضمن المستأجر ولو كان المعتبر اجنبيا لزمته الاجرة اذا اشترط في عقد
الاجارة حمل الدابة قدرا معينا فبان زائدا فلا يخلو اما ان يكون المتولي للكيل هو المؤجر
او المستأجر او اجنبي ثم اما ان يكون الحمل على الدابة المؤجر او المستأجر او اجنبي وعلى التقادير
الستة اما ان يكون الزيادة في الكيل وقعت عمدا او غلطا وعلى التقادير الثمانية عشر اما
ان يكون الحمل عالما بالزيادة او جاهلا بها ثم اما ان يكون الزيادة مما يقع التفاوت فيها بين
المكاييل او لا ويبلغ ذلك من الصور اثنتين وسبعين صورة ومن احكامها فنقول
ان كانت الزيادة مما يتفاوت فيها المكاييل فلا عبرة بها ولا توجب ضمانا وان كانت اكثر
فان كان المستأجر هو الذي كال الطعام وحمله بنفسه ضمن الدابة لتعديه ولزمه اجرة المثل عن
المشروط واجرة المثل وان لم يكن حمله بل سلمه الى المؤجر حتى حمله هو فان كان جاهلا بالحال بان
لبس عليه المستأجر ان غرضه ايه فظن كذبه فكالاول ومثله ما لو امر اجنبيا بالحمل ولو لم
يلبس عليه بل سكت ولم يخبره بشيء فتولى المؤجر حملها جاهلا ففي ضمان المستأجر وكونه
غارا بذلك نظر ويمكن القول بالضمان لان اعداد الحمل وتسليمه بمنزلة الحمل كما في تقديم
طعام الغير اليه للاكل فيأكله ولو كان المستأجر مع كيله زائدا قد ذهب في بعض اغراضه بعين
فقصد محمله المؤجر في غيبته فلا شيء على المستأجر لعدم الغرور ولامكان كونه عرضه الكيل
معه على الزيادة بخصوصها على وجه من الوجوه ولو كان المؤجر عالما بالزيادة فان لم يقل
المستأجر شيئا وباشر المؤجر الحمل فلا شيء على المستأجر ولا فرق بين ان يضعه المستأجر
على الارض فحمله المؤجر على الدابة وبين ان يضعه على ظهرها فسيرها المؤجر وان اثم المستأجر
في الثاني مع احتمال الفرق وان قال المستأجر احمل هذه الزيادة فاجابه فرضه الاجرة فهما وان
كان المتولي للحمل هو المؤجر وحمله على الدابة فلا اجرة له على الزيادة سواء كان المستأجر عالما
بها ام لا لان سكوته مع علمه ليس باذن وللمستأجر هنا مطالبة المؤجر برد الزيادة الى الموضع
المنقول منه فان طالبه ردها الى المنقول اليه ولو كان المتولي للحمل هو المستأجر فان كان

ليحمل مر
دين
يحمله
الاثم
وليس للمؤجر ردها بدون اذنه ولو لم يعلم الحال ... المنقول منه ... البلد

عالماً بالزيادة فهو كما لو كال بنفسه وحمل لأنه لما علم بحالها كان عليه ألّا يحملها إلا بإذن وإن كان جاهلاً فلا
أمره الموجر بالحمل ولا ضمان عليه وعلى الموجر الزيادة المعروفة ولا ارياها وفي كون المستاجر
مغروراً بفعل الموجر التردد السابق وقوى في ره عدم الضمان وعدم الأجرة ولو كان المتولي
للحمل اجنبياً غير الموجر والمستاجر فان كان بفعل من اذن الزيادة فالضمان على فاعلها مع جهل الآخر
لا مع علمه كما لو كان بأمر الآخر ان كان محرماً التهنية غير [illegible] ان كان المتولي للكيل اجنبياً وحمل على
الدابة بغير إذن ولم يعلم بها فهو متعد عليهما فيضمن الدابة وأجرة الزيادة وعليه ردها إلى الموضع
المنقول منه ان لم يرض المالك ولو تولى الحمل بعد كيل الأجنبي أحد المتعاقدين فإن كان عالماً
فهو كالوكال بنفسه وإن كان جاهلاً فالأمر يتعلق به حكم إذا اتفق ذلك فنقول وعلى ضمان المستاجر
الدابة ما الذي يضمن منها يحتمل النصف لأن تلفها مستند إلى فعلين أحدهما مأذون فيه وهو
غير مضمون والآخر غيره ولا ينظر إلى التفاوت كما لو جرح نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة
واحدة فسرى الجميع فإنه يجب نصف الدية على صاحب الجراحة الواحدة ويحتمل التوزيع على الأصل و
الزيادة فيضمن قسط الزيادة لأن المتلف مستند إلى الجملة فلا ترجيح ولاستلزام الأول
مساواة الزائد للناقص وهو محال والتوزيع على الحمل ممكن بخلاف الجراحات ويحتمل ضمان
جميع القيمة لأنه متعد فيضمن كما لو انفرد بالسير فظاهر حكم المصنف وتعليله اختياره وهذا هو
الأقوى في جملة أحكام المسألة وقد ظهر هنا ما فات العبارة **قوله** فلو آجره مسكناً ليحرز فيه
خمراً او دكاناً ليبيع فيه آلة محرمة او أجيراً ليحمل له مسكراً لم تنعقد الإجارة وربما قيل بالتحريم
وانعقاد الإجارة لإمكان الانتفاع في غير المحرم والأول أشبه لأن ذلك لم يتناوله العقد المراد
بالخمر هنا المحرمة وهي المتخذة للشرب فلو كان للاتخاذ للتخليل او لطرف فصده قبل الإجارة
صحت ومثل إجارة الدار كذلك العلم بكون المستاجر فيها ذلك لأنه معاونة على الإثم والعدوان
وقد روى الشيخ بإسناده إلى الصادق عليه السلام في الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر قال حرام
أجره ولا أقل على العلم بذلك وروى الصباح عنه عليه السلام في مكاتبة له [illegible] الرجل
من حملها

يؤاجر سفينته أو دابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر فقال لا بأس وجمع الشيخ بينهما بكون النهي في الأول
متوجهاً إلى من يعلم والثاني إلى من لا يعلم والحق انه لو لم يكن للثاني معارض من الأخبار
لكانت الأخبار مخصصة له بغير العالم مع انه مكاتبة تقصر عن دلالة الأول ان تساويا سنداً وأما
القول المحكي فتعليله يرد عليه لأن المفروض إجارته لهذه المنفعة فلا يجوز التعدي لو صحت
الإجارة **قوله** وهل يجوز استئجار الحائط المزوق للتنزه قيل نعم وفيه تردد القول بالجواز
لابن ادريس محتجاً بأنه يشتمل على منفعة متقومة كتعلم الصنعة المحكمة منه كما يجوز
استئجار كتاب فيه خط جيد للتعلم منه لأن فيه غرضاً صحيحاً ومنعه الشيخ وجماعة لأن ذلك
يمكن استفادته بدون إذن المالك كما يجوز الاستظلال بحائطه بدونه وبهذا يفرق
بينه وبين الكتاب وهذا الوجه إنما يتم لو كان الحائط ظاهراً للمستاجر بإمكان يملك فيه
المقام ولو كان داخلاً في ملك الموجر لم يملك الوصول إليه بدون إذنه فما ذكره ابن ادريس
حسن مع توقف تحصيل المنفعة على الاستئجار **قوله** فلو آجر عبداً آبقاً لم يصح ولو ضم إليه وفيه
تردد وجه التردد من عدم القدرة على تسليم المنفعة ومن جوازه مع الضميمة للنص
فكذا الإجارة بطريق أولى لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله البيع ولكن التردد في [illegible] و
المنع في الإرشاد وقطع في عد بعدم الضميمة ومعها جوزها معها وهو الذي اختاره
الشهيد رحمه الله محتجاً بالأولوية وأولى الاقتصار بالحكم على موضع النص والوفاق نعم
لو كان المستاجر متمكناً من تحصيله جاز من غير ضميمة كالبيع وكذا القول في المغصوب لو
آجره للغاصب أو لمن يتمكن من قبضه وعلى القول بالجواز مع الضميمة يعتبر كونها متمولة
يمكن إفرادها بالمعاوضة وفي اعتبار إفرادها بجنس ما انضم إليه ففي البيع يفرض بالبيع وفي
الإجارة بالإجارة او يكفي كل واحد منهما وجهان من حصول المعنى ومن ان الظاهر ضم
كل شيء إلى جنسه وقوى الشهيد الثاني **قوله** ولو منعه الموجر منه سقطت الأجرة

وهل له ان يلزم ويطالب الموجر بالتفاوت فيه تردد وكذا لو ظهر بغيره الظاهر ان سقوطها مشروط
بالفسخ لتعذر حصول العين المطلوبة فإذا فسخ سقط المسمى إن لم يكن دفعه وإلا استرد
وبهذا صرح في عد ويحتمل ضعيفاً كون سقوطها غير متوقف على الفسخ تنزيلاً للتعذر
منزلة التلف وكما أنه مع التلف ليس له غير الأجرة المسماة فكذا هنا واختار هذا الاحتمال
في التذكرة لكن قيده بمنع الموجر المستاجر من العين من غير أن يستوفي المنافع وفرع على
الخيار لو استوفى وما اختاره المصنف التخيير حسن لأن المنفعة صارت حقه وقد غصبها
الموجر فيجب عليه عوضها كالأجنبي فيتخير المستاجر بين الفسخ فيسقط المسمى ولا رجوع وبين
الرجوع بالتفاوت وهو زيادة أجرة المثل عن المسمى ان كان **قوله** ولو منعه ظالم قبل القبض كان
بالخيار بين الفسخ والرجوع على الظالم بأجرة المثل وجه التخيير ان العين قبل القبض مضمونة
على الموجر وللمستاجر الفسخ عند تعذرها ومطالبة الموجر بالمسمى لفوات المنفعة عليه وله
الرضا بذلك ومطالبة الغاصب بأجرة المثل لأنه باشر الإتلاف عدواناً وهل للمستاجر مع
عدم الفسخ مطالبة الموجر بأجرة المثل يحتمله لكونها مضمونة عليه لم يتحقق القبض ويضعف
بأن الثابت عليه على تقدير تضمينه إنما هو المسمى إن كان قبضه ولا يسقط هذا التخيير
بعود العين إلى المستاجر في أثناء المدة بل له الفسخ في الجميع لأخذ المسمى لفوات المجموع من
حيث هو مجموع ولأصالة بقاء الخيار السابق وله الإمضاء واستيفاء باقي المنفعة و
مطالبة الغاصب بأجرة مثل ما فات في يده من المنافع وليس له الفسخ في الماضي خاصة
والرجوع بقسطه من المسمى على الموجر واستيفاء الباقي من المنفعة لاقتضائه تبعيض
الصفقة على الموجر وهو خلاف مقتضى العقد بل إما أن يفسخ في الجميع او يمضي مع احتماله
لأن فوات المنفعة في هذه الحالة يقتضي الرجوع إلى المسمى وقد حصل في البعض خاصة
فاستحق الفسخ فيه **قوله** ولو كان بعد القبض لم تبطل وكان له الرجوع على الظالم لا شك
كان حقه ان يقول لم يكن له الفسخ لأن البطلان منتف على التقديرين فليس هو موضع الاشتباه

وأما لم يكن له الفسخ لاستقرار العقد بالقبض وبراءة الموجر فيستحق المستاجر على الغاصب أجرة
مثل المنفعة الفائتة في يده لا غير ولا فرق في الغصب بعد القبض بين كونه في ابتداء المدة وفي خلالها
لحصوله في الموضعين ولو كان الغاصب الموجر فالظاهر عدم الفرق **قوله** وإذا انهدم المسكن
كان للمستاجر فسخ الإجارة إلا أن يعيده صاحبه ويمكنه منه وفيه تردد مقتضى جواز الفسخ
ان العقد لا ينفسخ بنفسه ولا يتعين تقييده بإمكان إزالة المانع او بقاء أصل الانتفاع ولو
انتفيا معاً انفسخت الإجارة لتعذر المستاجر عليه والمراد بإعادة المالك المستثنى لرفع الخيار
ما كانت تتبع بحيث لا يفوت شيء من المنافع وإن قل وإلا بقي وله الحق وعن ثبوت الخيار بالأصل
فيستصحب إذ لم يرد دليل على سقوطه بالإعادة وهو قوي **قوله** إذا وجد المستاجر
بالعين المستاجرة عيباً كان له الفسخ او الرضا بالأجرة من غير نقصان ولو كان العيب مما
يفوت به بعض المنفعة وجه التخيير مع ان المعيب هو العين وحقه منها هو المنفعة ان
مورد الإجارة هو العين لتستوفى منها المنفعة وهي تابعة في المالية للعين فيلزم من نقص
ماليتها العين نقص المنفعة فله الفسخ وإن استوفى بعضها ولا يرد انه مع استيفاء
البعض يكون قد تصرف وهو يسقط خيار العيب لأن المراد بالتصرف حقيقة في العوض
الذي صار للمتصرف وهو هنا المنفعة وما لم يستوفه منها لم يتصرف فيه وإنما حصل التصرف
في المستوفى ولأن الصبر على العيب ضرر منفي وقوله من غير نقصان أي من غير أرش وبهذا
صرح جماعة وكان وجهه ان العقد إنما جرى على هذا المجموع وهو باق فإما أن يفسخ او
يرضى بالجميع ويضعف بأن الإطلاق إنما كان منزلاً على الصحيح لأن الجزء الفائت او الوصف
مقصود للمستاجر ولم يحصل وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين فثبوت
الأرش متجه وطريق معرفته ان ينظر إلى أجرة مثلها سليمة ومعيبة وينظر إلى التفاوت
بينهما ويرجع من المسمى بتلك النسبة ولو اختار الفسخ فإن كان قبل أن يمضي من المدة ماله أجرة
فلا شيء عليه وإن كان بعد مضي بعض المدة واستيفاء منفعتها فعليه من المسمى بقدر ما

معنى ثم ان تساوت المنفعة في المدة قسطت على اجزاء المدة وان اختلفت كما لو اجر دابة او دارا
اكثر قيمتها في غيره او دابة اجرها تعمل في بعض المواسم اكثر والطرق مختلفة رجع في التقويم الى اهل الخبرة
ونقسط المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع واعلم ان الحكم
المسكوت عنه المدلول عليه بالجملة الوصلية في قوله ولو كان العيب يفوت به بعض المنفعة هو ما اذا كان
العيب لا يفوت به شيء منها الا ما اذا كان يفوت به الجميع لان ذلك يفسد العقد هنا كما اذا كانت الا
جارة واردة على العين ولو وردت على الذمة ودفع اليه عينا فظهر معيبا لم يكن له الفسخ بل على الموجر
ابدالها نعم لو تعذر الابدال لعجزه عنه او امتناعه ولم يمكن اجباره تخير المستاجر لتعذر الحق الواجب
عليه بالمعاوضة فيرجع الى ماله **قوله** اذا تعدى في العين المستاجرة ضمن قيمتها وقت العدوان
لانه يصير بمنزلة الغاصب وهو مبني على ان الغاصب يضمن قيمة المغصوب يوم الغصب وهو اختيار
الاكثر وقيل يضمن على القيمة من حين العدوان الى حين التلف وكذا في ضمان قيمتها يوم التلف
وقد تقدم مرارا **قوله** ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك ان كانت دابة وقيل قول
المستاجر مطلقا لانه منكر **قوله** من تقبل عملا لم يجز ان يقبله غيره بنقيصة على الاشهر الا ان
يحدث فيه ما يستبيح به الفضل ه هنا هو المشهور وعليه تستند احاديث وحملها على الكراهة
اولى وكذا وقع في الجواز على تقدير الحدث بين قليله وكثيره والتحقيق ان الجواز حيث
تعيين العامل في العقد والا فالاشكال في المنع والضمان لو سلم العين **قوله** ولا يجوز تسليمها الى
الا باذن المالك ولو سلم من غير اذن ضمن ه يمكن ان يريد بالتسليم المنهي عنه على تقدير عدم
جواز تقبيلها الغير والحكم ح واضح ويمكن ان يريد به في صورة الجواز او ما هو اعم والوجه ح
انه مال الغير فلا يصح تسليمه الغير من غير اذنه عليه وجواز اجارته لا ينافيه بل يستاذنه
فان امتنع رفع امره الى الحاكم فان تعذر احتمل جواز التسليم ح لتعارض حق المعامل و
حق المالك فيقدم المعامل وفاء بالعقد ويحتمل تسلطه على الفسخ لا غير لان المالك
على ماله لعطية من شاء ويخص من شاء والحال انه لم يرض باما فيه ولو قيل بجواز التسليم مع

حيث يجوز التقبيل كان حسنا لصحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى عليهم السلم في عدم ضمان الدابة
المستاجرة بالتسليم الى الغير اذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه واذا كان الضمان منتفيا مع
تسليمها لاستيفاء المنفعة لغير المالك ففي سقوطه مع كون المنفعة للمالك اولى والمنع مال في
التح وابن الجنيد جوز التسليم من غير ضمان مع كون المسلم مامونا ولكن ينبغي تقييده بكون المدة
اليه والاول المنع اوجه **قوله** يجب على المستاجر سقي الدابة وعلفها ولو اهمل ضمن ه المراد ان
ذلك لازم للمستاجر بدون الشرط من ماله من غير ان يرجع به على المالك وهو مذهب جماعة من
الاصحاب وكلا قوى يرجع بها على المالك لا مع الشرط لاصالة عدم وجوبها على غيره ثم ان كان
حاضرا معه فكالاستيذان في الانفاق ورجع عليه فان تعذر استاذن الحاكم فان تعذر انفق بنية
الرجوع واشهد عليه ورجع به ولو لم يشهد اما لتعذره او مطلقا فالحكم ما سبق في الرهن
والوديعة وغيرهما وحيث يجب عليه الانفاق لغيبة المالك ولو اهمل ضمن لتفريطه **قوله** اذا
افسد الصانع ضمن ولو كان حاذقا كالقصار **قوله** ولو احتاط واجتهد اما لو تلف في يد الصانع لا
بسببه من غير تفريط ولا تعلم لم يضمن على الاصح ه اما الضمان فيما يتلف بيده فهو موضع وفاق
ولا فرق في ذلك بين الحاذق وغيره ولا بين المختص والمشترك ولا بين المفرط وغيره ولان
الضمان مال الغير بالاتلاف من غير اذن يقتضي الضمان ولا يدفعه عدم التفريط واما عدم
الضمان لو تلف من غير تفريط بغير فعله فقيل انه كذلك بل ادعى عليه المرتضى الاجماع وكذا
ما اختاره المص اقوى لاصالة البراءة ولانه امين فلا يضمن بدون التفريط وفي كثير
من الاخبار دلالة عليه وكالاجماع ثم **قوله** وكذا الملاح والمكاري لا يضمنان الا ما يتلف من
بغير تفريط على الاشهر ه هنا هو الاقوى لما تقدم ولعدم دخولهما في اسم الصانع الذي
وقع عليه الاجماع والشيخ استند في ضمانهما الى رواية ضعيفة السند **قوله** من استاجر
اجيرا لينفذه في حوائجه كانت نفقته على المستاجر الا ان يشترط على الاجير ه مستند ذلك
رواية سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلم ولاستحقاق منافعه المانع من ثبوت النفقة

واختاره جماعة من الاصحاب وكلا اقوى انه كغيره للجبر بنفقة الا مع الشرط ويمكن حمل الرواية على تقدير
سلامتها عليه واستحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفقة كالمبيع من وجوب النفقة فيما لو الذي
من جملة الاجرة وحيث يشترط على المستاجر فلا بد من بيان قدرها ووصفها الا ان يوكل الى العادة
عليه ابتداء فانه يجب عليه القيام بعادة امثاله **قوله** اذا اجر مملوكا له فافسد كان ذلك لازما على
مولاه في سعيه وكذا لو اجر نفسه باذن مولاه ه لما كان الصانع ضامنا لما يفسده في ماله وكان العبد لا
مال له تعلق الضمان بكسبه لانه كان المعتق تصرفه باذن مولاه او كالاذن مطلقا لان ذلك من
مقتضى الاجارة فيكون الاذن فيها التزاما بلوازمها لكن لو زادت الجناية عن الكسب لم يلزم
المولى كما تقدم نظيره في تصرف الماذون وهكذا اختاره جماعة وقال ابو الصلاح ان ضمان ما
يفسده العبد على المولى مطلقا وتبعه الشيخ رحمه الله في النهاية لرواية زرارة في الحسن عن الصادق
عليه السلم وكلا صح ان الافساد ان كان في المال الذي يعمل فيه بغير تفريط تعلق بكسبه كما ذكروه و
ان كان لتفريط تعلق بذمته يتبع به اذا اعتق لان الاذن في العمل لا يقتضي الاذن في الافساد
نعم لو كان باذن المولى تعلق به وعليه يحمل الرواية وان كان بجناية على نفس او طرف تعلق برقبة
العبد وللمولى فداؤه باقل الامرين من القيمة والارش ولو كان باذن المولى لم **قوله** صاحب
الحمام لا يضمن الا ما اودع وفرط في حفظه او تعدى فيه ه لانه على تقدير الايداع امين ولا يضمن
بدون التفريط ومع عدمه فالاصل براءة ذمته من وجوب حفظ مال الغير مع عدم البراءة نعم
لو نزع المغتسل ثيابه وقال له احفظها فلم يقبل لم يجب عليه الحفظ ولو قبل له او دعها ونحوه مما يدل
على القبول كفى في تحقق الوديعة **قوله** اذا اسقط الاجرة بعد تحققها في الذمة صح ولو اسقط
المنفعة المعينة لم تسقط لان الابراء لا يتناول الا ما في الذمة ه المراد بتحقق الاجرة في الذمة تعلقها
بها وان لم يستحق المطالبة بها وتتحقق كذلك بالعقد كما مر والمراد باسقاطها البراءة منها سواء
كان بلفظ الاسقاط ام الابراء ام ما شاكلها من الالفاظ الدالة عليه وحيث كان الابراء عبارة عن
اسقاط ما في الذمة لم يصح تعلقه بالاعيان ولا بالمنافع المتعلقة بها ومنها الاجرة لو كانت
عينا

صاحب الحمام لا يضمن

عينا واصح ما في الذمة سوى كانت اجرة ام منفعة كما لو استاجره ليخيط له ثوبا ونحوه **قوله** اذا اجر
ثم اعتقه لم تبطل الاجارة ويستوفي المنفعة التي تناولها العقد ولا يرجع العبد على المولى با
جرة مثل عمله بعد العتق ه لما كانت منافع العبد مملوكة للمولى كالرقبة ونقلها الى غيره في زمن ملكه نقلا لازما
وجب ان لا يبطل بالعتق لان العتق لم يصادف الا الرقبة دون منافعه مدة الاجارة فتزول
السلطنة عن رقبته وعن المنافع التي لم يتناولها عقد الاجارة ويجب على العبد القيام بالوفاء
المنافع بقية المدة لانه حق وجب عليه بمقتضى الاجارة السابقة فيستصحب كانه استثنى
بالنسبة الى ملكه المنافع وهل يرجع على مولاه باجرة مثل عمله في تلك المدة وقطع المص بعدمه لانه
مملوك له زمن الاجارة كالرقبة وقد استحقها المستاجر قبل العتق فلا وجه لرجوعه على المولى
بها لانه انما ازال الرق عنه حين خلو المنافع بتلك المدة ولم يصرف الا الى الرقبة وقريب منه ما
لو اعتقه واشترط عليه خدمة مدة معينة بل مسئلة الاجارة اولى بعدم اعتراض العبد وعدم
استحقاقه شيئا لسبق ملك المستاجر لها على العتق وربما قيل برجوعه على السيد باجرة المثل
عن تلك المدة لان ازالة الرق تقتضي ملك العبد المنافع فاذا سبق نقل المولى لها فوت
العين فيرجع العبد على المولى بعوضها وهو اجرة المثل وضعفه يعلم مما سبق اذا تقرر ذلك
فنفقته تلك المدة اذا لم يكن مشروطة على المستاجر هل يجب على مولاه او في كسبه او في بيت المال
ان كان او وجوه من اشتغاله على العبد لاستغراق وقته في الخدمة وعن المستاجر لانتفاء الشرط
ولم يبق لها محل الا السيد لانه ملك عوض نفعه تلك المدة ومن انتفاء المقتضي للانفاق
اذ هو الملك وقد زال ومن ان النفقة حق على كل واحد كما في المديون والمعسر فيخرج
من الكسب فقد منع على حق المستاجر وكلا قوى الاخير لزوال ملك السيد وعجزه عن نفقته ولبطلان
الحصر وعدم استلزام تملك عوض منفعته تلك المدة النفقة ولما تقدم النفقة على حق الغير
من مال المكتسب وهو منفي هنا وبيت المال معد للمصالح وهو من جملتها ومع تعذره فهو من
الواجب الكفاية على سائر المكلفين **قوله** ولو اجر الوصي صبيا مدة يعلم بلوغه فيها بطلت في

المتيقن وصحتها في المحتمل لو اتفق البلوغ فيه ومال المصنف في التحرير بعد بلوغه فيتخير فيه تردد لما
كان زمان الولاية على الصبي هو ما قبل البلوغ والرشد فاذا آجره مدة يقطع ببلوغه في اثنائها
كما لو آجر ابن اربع عشرة سنة سنتين وكان رشيدا فان الاجارة تلزم الى وقت الكمال ثم هي موقوفة على
اجازة الصبي وقيدنا بوجود الرشد لانه لو لم يكن موجودا بل امكن تجدده فانه يكون كما لو آجره
مدة يمكن فيها بلوغه وعدمه لان الرشد احد الشرطين في زوال الولاية وتجدده ممكن في كل وقت
وان طعن في السن وعلى تقدير عدم القطع ببلوغه في المدة او بلوغه وعدم رشده يصح في الجميع
صحة لازمة الى حين اجتماع الشرطين قطعا لانتفاء المانع ومال بتوقف ما بعده لكن على اجازة الصبي
قيل بلوغه لان زمان الولاية هو قبل الكمال فيكون نفوذ التصرف مقصورا عليه ويحتمل العدم لوقوع
الاجارة من اهلها في محلها في وقت لم يعلم لها مناف فيستصحب وكان اقوى الاول وحكم المجنون بعد
الافاقة مطلقا حكم الصبي اذا بلغ في الوقت المحتمل **قوله** اذا سلم الى الحر الى العمل له صنعة فهلك
لم يضمنه صغيرا كان او كبيرا حرا او عبدا ه هذا الحكم موضع وفاق هنا وعن العامة ولانه قبض
لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ولانه مستحق المنفعة ولا يمكن استيفاؤه الا
باثبات اليد فكانت امانة ولا فرق بين هلاكه في مدة الاجارة وبعدها اذا لم يحبسه على المستاجر
رد العين الى مالكها على تقدير كونها مملوكة بل الواجب عليه التخلية بينه وبينها اما اذا كان
حرا او الى بعضه لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدة صار بمنزلة المغصوب ويستاتي
ان الحر البالغ لا يضمن بذلك وما عليه من الثياب تابع له لانها تحت يده والحر لا يدخل تحت اليد
ولو كان صغيرا او عبدا ضمنه **قوله** اذا دفع سلعة الى غيره ليعمل فيها عملا فان كان
من عادته ان يستاجر لذلك كالغسال والقصار فله اجرة مثل عمله وان لم يكن له عادة و
كان العمل مما له اجرة فله المطالبة لانه ابصر بنيته وان لم يكن مما له اجرة بالعادة لم يلتفت الى
مدعيه ه لما كان الامر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة للمامور متقومة بالمال وجب
ثبوت عوضها على الامر كما لو استوفاها ... وقد شرط المصنف لزوم الاجرة احد الامرين

اما كون العامل من عادته ان يستاجر لمثل ذلك العمل او كون العمل له اجرة في العادة فالعلامة اعتبر
في لزومها كون العمل ذا اجرة عادة خاصة ويتخرج على ذلك صور اربع ا ان يكون العمل
له اجرة عادة والعامل ممن يستاجر لذلك كذلك كما لو دفع الى قصار ثوبا ليقصره او جلس
بين يدي حلاق معد نفسه لذلك فحلق له فلا اجرة على القولين ب انتفاؤهما معا ولا اجرة
عليهما ولا فرق بين كون العمل حينئذ متقوما باجرة وعدمه اذا لم يكن في العادة اجرة ولا اعد العامل
نفسه لها ج ان يكون العمل مما له اجرة في العادة ولكن العامل ليس من عادته الاستيجار له فيثبت
على القولين ايضا لوجود الشرط وهو المذكور عند العلامة ولاحد الامرين عند المص د عكسه
فتثبت الاجرة عند المص دون العلامة ومختار المص اوضح لما تقدم من انه استيفاء عمل محترم
بالامر فلا يحل بدون العوض الا باباحة مالكه ولم يتحقق **قوله** كلما يتوقف عليه توفية المنفعة
فعلى المؤجر كالخيوط في الخياطة والمداد في الكتابة ه ما يتوقف عليه الانتفاع على اقسام منه
ما يجب على المالك بغير خلاف كعمارة الحيطان والسقوف وعمل الابواب ومجرى الماء ونحو
ذلك ومنها ما هو على المستاجر بغير اشكال كالحبل لاستقاء الماء والدلو والبكرة ومنها ما يتم
على احدهما كالتحبير والتذويق ومنه ما اختلف فيه كالخيوط للخياطة والمداد للكتابة و
الصبغ للصباغة والكش للتلقيح وقد جزم المص بانها على المؤجر لتوقف ايفاء المنفعة
الواجبة عليه بالعقد اللازم فيجب من باب المقدمة ويحتمل كونها على المستاجر لان الواجب
على المؤجر انما هو العمل لان ذلك هو المقصود من اجارة العين اما الاعيان فلا تدخل في
مفهوم الاجارة على وجه يجب لذهابها بالعمل الا في شيء اذ ثبت على خلاف الاصل كالارضاع
والاستحمام والاقوى الرجوع الى العرف المطرد فان انتفى او اضطرب فعلى المستاجر **قوله**
ويدخل المفتاح في اجارة الدار لان الانتفاع يتم بها ه التعليل يتم بتمامية الانتفاع لا انه يتم
لما قد عرفت ان بعض ما يتم به الانتفاع لا يلزم المؤجر ولا يتم الاستدلال الا اذا جعل الحكم
كليا خصوصا مع تاييده بان المنقول لا يدخل في اجارة العقار الا بالتابع لامع العادة او

القول في التنازع

التبعية والاولى التعليل بانه تابع للغلق المثبت بل هو كالجزء منه وهذا بخلاف مفتاح القفل
يجب تسليمه ولا تسليم القفل لانتفاء التبعية ولما ذكر **قوله** اذا تنازعا في اصل الاجارة فالقول
قول المالك مع يمينه ه لانه منكر لها فيكون القول قوله كما في كل منكر وكان الاولى التعبير بتقديم
قول المنكر مطلقا لجواز كونه غير المالك ثم ان كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مال
الى صاحبه وان كان بعد استيفاء المنافع او استيفاء الجميع الذي يزعم من يدعي وقوع الاجارة انه
متعلق العقد فلا يخلو اما ان يكون المدعي للاجارة المالك او المتصرف فان كان المالك وحلف
المنكر انتفت الاجارة ووجب عليه اجرة المثل فان كانت ازيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له
المطالبة ان كان دفعه لاعترافه باستحقاق المالك ووجب عليه دفعه ان لم يكن دفعه وليس
للمالك قبضه لاعترافه بانه لا يستحق ازيد من المسمى الا ان يكذب نفسه في دعواه الاولى على
قول وان زاد المسمى عن اجرة المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد ان كان دفعه وسقط عنه ان لم
يكن والعين ليست مضمونة عليه في هذه الصورة لاعتراف المالك بكونها امانة بالاجارة و
ان كان المدعي للاجارة هو المستاجر فان انكر المالك مع ذلك الاذن في التصرف في العين
فالقول قوله فيهما مع يمينه فاذا حلف استحق اجرة المثل وله المطالبة بها ان لم يكن قبض وفيه
وان زادت عن المسمى بزعم المتصرف وان كان المسمى اكثر فليس له المطالبة بالزائد وان
كان المالك يعترف بعدم استحقاقه لزعم المتصرف انه لا حق له في الزائد ويضمن العين هنا
لانكار المالك الاذن ولو اعترف به فلا ضمان **قوله** وكذا لو اختلفا في قدر المستاجر ه هو
بفتح الجيم اي في قدر العين المستاجرة بان قال اجرتني الدار باجمعها بمائة فقال بل البيت منها
خاصة بالمائة فان القول قول المنكر لاصالة عدم وقوع الاجارة على ما زاد عما اعترف به و
ربما قيل هنا بالتحالف لان كلا منهما مدع ومنكر والاقوى ما اختاره المص لاتفاقهما على وقوع
الاجارة على البيت وعلى استحقاق الاجرة المعينة وان كان نزاعهما مختلفا بحسب الدعوى
الا ان الخلاف في الزائد فيحكم فيه قول منكره وضابط التحالف ان لا يتفقا على شيء كما لو قال

المتصرف ... الا ان يكذب على قول ولو كان المتصرف قد اعترف بالمسمى هو ازيد من اجرة المثل فليس له المطالبة بالزايد وان كان للمالك

اجرتك البيت بالف فقال بل العلالي واجرتك البيت فقال بل الحمام ومثله ما تقدم في البيع اذا اختلفا
في قدر المبيع وفي تعيينه فالقول بالتحالف هنا دون البيع ليس بجيد **قوله** وكذا لو اختلفا في
رد العين المستاجرة ه فان القول قول المالك لانه منكر والاصل عدم الرد والمستاجر قبض لمصلحة
نفسه فلا يقبل قوله في الرد مع مخالفته للاصل **قوله** اما لو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول
المستاجر ه لانكاره الزائد منها مع اتفاقهما على وقوع العقد وعلى العين والمدة وقيل بالتحالف هنا
ايضا لان كل واحد منهما مدع ومنكر وهو ضعيف **قوله** اذا ادعى الصانع او الملاح او المكاري
هلاك المتاع وانكر المالك كلف البينة ومع فقدها يلزمهم الضمان وقيل القول قولهم مع اليمين لانهم
امناء وهو اشهر الروايتين وكذا لو ادعى المالك التفريط فانكروا ه القول بضمانهم مع عدم البينة هو
المشهور بل ادعى عليه الاجماع والروايات مختلفة والاقوى ان القول قولهم مطلقا لانهم امناء
وللاخبار الدالة عليه ويمكن الجمع بينها وبين ما دل على الضمان بحمل ما دل عليه على ما لو فرطوا او اخروا
المتاع عن الوقت المشترط كما دل عليه بعضها **قوله** لو قطع الخياط ثوبا قباء وقال المالك امرتك
بقطعه قميصا فالقول قول المالك مع يمينه وقيل قول الخياط والاول اشبه ولو اراد
الخياط فتقه لم يكن له ذلك اذا كانت الخيوط من الثوب او من المالك ولا اجرة له لانه عمل لم
ياذن فيه المالك ه ما اختاره المص رحمه الله اقوى انما اختاره المص لانه منكر لما يدعيه
الخياط من التصرف في ماله والخياط يدعي الاذن في قطعه على الوجه الذي يزعمه والاصل عدمه
ويدعي ايضا الضمان بتصرفه في مال الغير وهو اذن المالك ولان قول المالك مقدم في اصل
الاذن فكذا في صفته لانه يرجع الى الاذن على وجه مخصوص ووجه تقديم قول الخياط ان
المالك يدعي عليه حقا وهو الارش فهو غارم فيقدم قوله في نفيه وان لم يثبت له الاجرة
فعلى المختار من تقديم قول المالك لا اجرة للخياط على عمله وعليه ارش الثوب ما بين كونه مقطوعا
قميصا او مقطوعا قباء فعلى هذا لا ارش لما يصلح لهما من القطع لكونه من جملة الماذون و
يحتمل كونه تفاوت ما بين قيمته مقطوعا وصحيحا لان القطع على الوجه الذي يدعيه الخياط عدوان

كلفوا

المسقط

ولو ثم لو اراد فتق القميص ليرفع ما احدثه من العمل لم يكن له ان كانت الخيوط للمالك سواء كانت
من الثوب ام من غيره اذ ليس له عين يمكنه انتزاعها ولا يمكن تخليص العمل اذ ليس عينا وقد
صدر عدوانا فكان كما لو نقل ملك غيره من موضع الى آخر عدوانا فانه ليس له رده الى المحل
الاول الا بمطالبة المالك ولو كانت الخيوط للخياط ففي تمكينه من اخذها وجهان اصحهما ذلك
لانها عين ماله وهي باقية فكانت كالصبغ في الثوب المغصوب ووجه المنع استلزام اخذها
التصرف في ملك الغير بغير اذنه ولا يرد عليها ان الكلام مبني على ان الخيوط على الخياط ولة
انما يستحق الاجرة وقد ظلمه المالك بانكاره وعلى المختار لو طلب المالك ان يشد في طرف
كل خيط خيطا جديدا اذا سل الخياط خيوطه صار خيط المالك في مكانه لم يجب على الخياط اجابته
لانه تصرف في مال الغير يتوقف على اذنه كما لا يجب عليه القبول لو بذل المالك قيمة الخيوط و
يتقيها لانه مسلط على ماله وكذا لو بذل للمالك قيمة الثوب قوله كتاب

الوكالة قوله في العقد وهو استنابة في التصرف الوكالة بفتح الواو وكسرها استنابة في
التصرف فالاستنابة بمنزلة الجنس تشمل الامانات المالكية كالوديعة والعارية والقراض
وغيرها وخرج بقيد التصرف الوديعة فانها استنابة في الحفظ خاصة والوصية لحدا ثها
ولاية لا استنابة فهي خارجة من اول الامر ويبقى نحو القراض والمزارعة والمساقاة فعينه حتما
في التعريف وكانه اراد كلا استنابة في التصرف بالذات فتخرج هذه لان الاستنابة فيها ضمنية
او التزامية والمقصود بالذات غيرها ولو صرح بالقيد كان حسنا قوله ولا بد في عقدها من
ايجاب دال على القصد كقوله وكلتك او استنبتك او ما شاكل ذلك ولو قال وكلتني فقال
نعم او اشار بما يدل على الاجابة كفى في الايجاب لما كان عقد الوكالة من العقود الجائزة صح بكل
لفظ يدل على الاستنابة في التصرف وان لم يكن على نهج الالفاظ المعتبرة في العقود وينبه
عليه قول النبي صلى الله عليه وآله لعروة البارقي اشتر لنا شاة وقوله تعالى حكاية عن اهل الكهف
فليأتكم برزق منه بع واشتر واعتق ونحو اذنت لك في كذا ونعم عقيب الاستفهام التقريري

كوكلتني

خيوطه

ومنه

كوكلتني في كذا لانها نائبة مناب وكلتك وكذا الاشارة الدالة على المراد الواقعة جوابا فانها
وان لم تقع ابتداء ايجابا صريحا او لم يحصل النطق بها لانه تم في الدلالة فيكفي فيها التوسع في مثل
هذا العقد قوله واما القبول فيقع باللفظ كقوله قبلت او رضيت او ما شابهه وقد يكون
بالفعل كما اذا قال وكلتك في البيع فباع انما اكتفى بالقبول الفعلي بهذا المعنى لان المقصود
الاصلي من الوكالة الاستنابة وكان في التصرف هو اباحته وفرحه فاشبه اباحة الطعام
ووضعه بين يدي الآكل وانه لا يفتقر الى القبول اللفظي وما ذكره المص من كون القبول الفعلي هو
فعل ما تعلقت به الوكالة هو الظاهر من عبارة كثير من الاصحاب ومنهم العلامة في التذكرة
اما فيها فقال ان القبول يطلق على معنيين احدهما الرضا والرغبة فيما فوض اليه ونقيضه
الرد والثاني اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات ويعتبر في الوكالة
القبول بالمعنى الاول دون الثاني حتى لو رد وقال لا اقبل او لا افعل بطلت ولو اراد ان يفعل
او رجع فلا بد من استيناف اذن مع علم الموكل والاصل في ذلك ان الذين وكلهم النبي صلى
الله عليه وآله لم ينقل عنهم سوى امتثال امره قال وان لم يشترط القبول اللفظي كفت الكتابة
والرسالة وكان مأذونا في التصرف انتهى وهذا يدل على ان القبول الفعلي بمعنى فعل ما
وكل فيه لا يكفي مطلقا بل مع اقترانه بالرضا والرغبة وعدم تقدم الرد والمراد بقوله كفت
الكتابة اي في الايجاب وانما رتب الاكتفاء بها على عدم اشتراط القبول اللفظي لانه لو اشترط
كان عقدا محضا فلا يكفي فيه الكتابة اما اذا لم يعتبر فهي اباحة يكفي كل ما دل عليها وما ذكره المص
والجماعة من الاكتفاء في الايجاب بالاشارة احتمل لعمل الاكتفاء بالكتابة ايضا لاشتراكهما
في الدلالة مع امن التزوير قوله ولو تأخر القبول عن الايجاب لم يقدح في الصحة فان الغائب يوكل
والقبول متأخر هذا ظاهر العلامة في التذكرة ان هذا الحكم اجماعي لانه اسنده الى اصحابنا
وجوز تراخيه وان كان الى سنين وتعليل المص بتوكيل الغائب يصح تأخر القبول مدة
لانه جواز توكيل الغائب يقتضي تأخر القبول مع جواز التراخي انا لو قلنا بوجوب الفورية لم يصح توكيل

غيره

بجوازه

الغائب ولو اراد ان توكيل الغائب جائز اجماعا فيدل على جواز التراخي امكن الاستدلال بالاجماع ايضا
على جواز التراخي من غير قيد الغائب الا ان يقال الاجماع واقع في الغائب خاصة ولم يذكره
قوله ومن شرطها ان تقع منجزة فلو وقعت بشرط متوقع او وقت متجدد لم تصح من شرط الوكالة
وقوعها منجزة عند علمائنا فلو علقها على شرط متوقع وهو ما يمكن وقوعه وعدمه او صفة وهي
ما كان وجوده في المستقبل محققا كطلوع الشمس واليها اشار بقوله او وقت متجدد لم يصح
واحترز بتعليقها على الشرط عما لو قرنها بشرط لا يقتضي التعليق كوكلتك في كذا وشرطت
عليك كذا فانها لا مانع منه فانه جائز واعلم انه متى فسد العقد المعلق على شرط فهل يصح
التصرف بعد حصول الشرط قرب في التذكرة ذلك محتجا بان الاذن حاصل لم يزل بفساد
العقد وصار كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال بع كذا على ان لك العشر من ثمنه تفسد
الوكالة ولكن ان باع يصح ولان المقتضي للصحة حاصل وهو الاذن اذ الغرض حصول المعلق عليه
انتفاء المانع اذ ليس الا رفع الوكالة وهي اخص من مطلق الاذن ورفع الخاص لا يستلزم رفع
العام فعلى هذا فائدة الفساد سقوط الجعل المسمى في عقد الوكالة والرجوع ان كان الى اجرة
المثل كما في المضاربة الفاسدة حيث حكم فيها بعدم استحقاق الحصة المشروطة ووجوب
اجرة المثل وفيه ان الوكالة ليست امرا زائدا على الاذن والجعل المشروط ليس جزءا منها
وانما هو شرط زائد عليها الصحة بدونه بخلاف المضاربة فان اشتراط الحصة شرط في
صحتها ولانه لو تم ذلك لزم الحكم بصحة التصرف مع فساده بوجه آخر كعزل الوكيل نفسه مع علم
الموكل بسكوته فان الاذن حاصل منه فلا يقع بفسخ الوكيل ولان العقد صح بما سبق
قطعا ولا معنى للفاسد الا ما لا يترتب عليه اثره ولان الاذن المطلق انما وجد في ضمن الوجه
المخصوص اذ لا وجود للكلي الا في ضمن جزئياته ولم يوجد منها الا هذا الجزئي فاذا ارتفع
ارتفع الكلي وللتوقف في هذا الحكم مجال قوله نعم لو نجز الوكالة وشرط تأخير التصرف جاز
كان يقول وكلتك في كذا ولا تتصرف الا بعد شهر مثلا فانه يجوز بلا خلاف نقله في التذكرة

والوجه

علقت

لتعليقه

ان كان ص

والوجه انه ممنوع من التصرف في الوقت المعين شرطنا اياه على اصل الوكالة المنجزة وهي قابلة
للشروط السائغة وهذا وان كان في معنى التعليق الا ان العقود لما كانت متلقاة من
الشارع نيطت بهذه الضوابط وبطلت فيما خرج عنها وان اتى بفائدتها قوله ولو وكله
في شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفي الغرر لما كان العبد المطلق متوغلا في الابهام صادقا
على اصناف مختلفة في الاوصاف والرغبات لم يكن اطلاق التوكيل في شرائه كافيا بل لا بد من وصفه
من بعض الوجوه كقوله عبدا تركيا ونحوه لينتفي الغرر ولا يشترط استقصاء في الوصف بحيث يرتفع
الجهالة عنه اتفاقا كذا ذكر المص وجماعة ويشكل بان الغرر يندفع بمراعاة الوكيل المصلحة
في شرائه فان الاطلاق محمول شرعا على الاستنابة في شراء عبد يكون شراؤه مشتملا على مصلحة
الموكل فيتخير الوكيل حيث تتحد المصلحة في متعدد ويكون ذلك كالقراض حيث امره
المالك بشراء شيء فانه اشد توغلا في الابهام فالجواز مطلقا قوي ولئن كان اعتبار الوصف
احوط ولا فرق بين كون المقصود من العبد التجارة والقنية فان رعاية المصلحة معتبرة في
الموضعين فاعتبر الشهيد رحمه الله التفصيل فيجب الوصف في الثاني دون الاول لان
دائرة التجارة اوسع لان الغرض منها الاسترباح وهو يتحقق في ضمن اي فرد كان ويندفع
بان المصلحة معتبرة في كل شيء بحسبه وكذا اغيارها متفاوتة في الموضعين قوله ولو وكله مطلقا
لم يصح على قول والوجه الجواز القول بعدم جوازه مع الاطلاق للشيخ رحمه الله لاشتماله على
الغرر ووجه الجواز يعلم مما سبق فان فعل الوكيل لما كان مقيدا بالمصلحة والجهالة منتفية
بالرجوع الى المتعارف المناسب للموكل انتفى المانع وحكم المص بجواز الوكالة مطلقا مع الاطلاق
وعدم جوازها في شراء العبد مطلقا نوع تناف لان دائرة المطلق اوسع من العبد المطلق لانه
فرد من افراده فكان اولى بالجواز ومثله اتفق لفتوى القواعد فانه ذكر الاطلاق بعد حكمه
في العبد وانه لا بد من وصفه لينتفي الغرر الا ان الشراح ذكروا ان مراده بالاطلاق في الثانية
الاطلاق في شراء العبد وحملوه رجوعا عن السابق وعبارة التحرير تؤيد ما ذكروه لانه

وكاله ص

التوكيل

ويحتمل

صرح فيها بان الاطلاق في وكالة شراء العبد وهو مناسب ايضا لنقل القول بالبطلان فان الشيخ
منع في مسئلة العبد لذلك فان اريد من العبارة هذا المعنى كان الحكم بتجويزه لعدم اعتبار
الوصف رجوعا صريحا او ربما لافتقار الاولوية ونحوها ويحتمل ان يريد هنا مطلق الوكالة
الشاملة لشراء العبد وغيره اولى وعلى التقديرين فالاقوى الصحة قوله وهي عقد جائز من
طرفيه وللوكيل ان يعزل نفسه مع حضور الموكل وغيبته ه انعزال الوكيل بعزله نفسه وجعل الوكالة
من ابواب العقود يقتضي ارتجاعه ما قرر به في التذكرة سابقا في القبول الفعلي من انه يكفي
في الفعل والرضا به لا مجرد الفعل وكأن الكلام اباحة محضة ولذا خالف الصادق ولا يبطل برده
فان من اذن لغيره في تناول طعامه او اخذ شيء من ماله فلم يقبل ذلك لا يبطل الاذن لانه يجوز
له التصرف بعد ذلك لان المسوغ وهو اذن المالك موجود والقبول اذا لم يكن شرطا في الاباحة
لم يكن رده مانعا ولا فرق في بطلان وكالته بعزله نفسه بين اعلام الموكل وعدمه بخلاف عزل الموكل له
كما سيأتي والفارق النص فعلى هذا لو تصرف بعد عزله نفسه وقبل ان يعلم الموكل بذلك
لم ينفذ تصرفه لابطاله العقد الجائز الذي هو مناط جواز التصرف ويحتمل توقف انعزاله على
علم الموكل فيجوز له التصرف قبل بلوغه عملا بالاذن العام الذي تضمنته الوكالة بل يحتمل ذلك
مع بلوغه ايضا لاصالة بقاء الاذن ومجرد علمه بالرد لا يدل على بطلانه من قبل الاذن ولو اكتفينا
في قبول الوكيل بفعله مقتضاها كيف كان قوي هنا الاحتمال جدا لانها تصح بمجرد الاذن
واباحة يجوز مع ذلك اطلاق العقد عليها من حيث ان قبولها بالقول يصح وترتب عليه
اثر في الجملة وبناء الاحتمال قطع في القواعد مع جهل الموكل بالرد واستشكل مع علمه
وليس ببعيد ويشكل الجمع بين كونها عقدا جائزا لا يبطل بالرد وعدم بطلان التصرف بالرد بل
يحكم ببطلان الوكالة الخاصة وما ترتب عليها من الجعل لو كان وبقاء الاذن العام اولى وقد
تحقيقه لاشتراكهما في بطلان الوكالة هناك بعزل الحضرة وهنا لعدم القبول الا ان
الحكم هنا آت من يتجاذب على ذلك من حيث ان الاذن هنا صحيح جامع للشرائط بخلاف السابق

فانه معلق

فانه معلق وفي صحته ما قد عرفت ومن ثم جزم في القواعد ببقاء صحته هنا وجعل الصحة هناك
احتمالا وفي التذكرة عكس فاستقرب هناك بقاء الاذن الضمني وجعل بقاءه هنا احتمالا
وفي التحرير والارشاد اطلق القول بالبطلان فيهما كما هنا فقد صار للعلامة رحمه الله في
المسئلتين ثلاثة اقوال قوله وللموكل ان يعزله بشرط ان يعلمه بالعزل ولو لم يعلمه لم ينعزل وقيل
ان تعذر اعلامه فاشهد انعزل بالعزل والاول اظهر ه ما اختاره المصنف هو المشهور بين الاصحاب خصوصا
بين المتأخرين ومستنده اخبار عن ائمة الهدى عليهم السلام كصحيحة هشام بن سالم عن الصادق عليه
السلام عن رجل وكل آخر وكالة في امضاء امر من الامور واشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل
فخرج لامضاء الامر فقال اشهدوا اني قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال ان كان الوكيل قد امضى
الامر الذي وكل عليه قبل ان يعزل عن الوكالة فان الامر ماض على ما امضاه قال نعم قلت له فانه
بلغه العزل قبل ان يمضي الامر ثم ذهب حتى امضاه لم يكن ذلك بشيء قال نعم ان الوكيل اذا وكل
ثم قام عن المجلس فامره ماض ابدا والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة او يشافهه بالعزل
عن الوكالة ولاستلزام العزل قبل العلم ضررا عظيما لانه اذا وكله في بيع جارية فوطئها المشتري قبل
او طعام فيأكله ونحو ذلك وفي رواية العلاء بن سيابة عنه عليه السلام نحو ذلك وفيها انه لا عبرة بالاشهاد
على العزل من دون ان يعلم به الوكيل وقبل العمل والقول بالاكتفاء في العزل بالاشهاد للشيخ وجماعة
من الاصحاب وللعلامة في القواعد انعزاله بالعزل مطلقا نظرا الى انه عقد جائز ومن شأنه ان ينفسخ
بالفسخ على جميع الاحوال ولا كلام على بعضها الا ان الاخبار التي بعضها صحيح حجة عليهما ومقتضى قول
المصنف هنا ولعله على قوله كالعلامة في سائر كتبه حيث قيدوا الانعزال بعلمه عدم الاكتفاء
ببلوغه له بما لا يفيد العلم وان كان بعدلين لانهما انما يفيدان ظنا يجوز التعويل عليه
شرعا ولكن لا يفيدان العلم لان مناطه من جهة الاخبار التواتر او الخبر المحفوف بالقرائن
ان قلنا بافادته العلم وهو منفي فيهما فلا ينعزل على مقتضى ظاهر كلامهم الا بمشافهته به او
بلوغه الخبر ممن يفيد قوله التواتر والظاهر انهم لا يريدون هذا المعنى لظهور المنافاة علم من

مستند الحكم خصوصا اخبار الشاهدين فانه حجة شرعية فيما هو اقوى من ذلك بل لو اكتفى في عزله
بما دل عليه الخبر الصحيح من اخبار الثقة وان كان واحدا ولا عبرة باخبار غير العدل وان تعدد ما
لم يثمر العلم قوله ولو تصرف الوكيل قبل الاعلام مضى تصرفه الى قوله وقع الاقتصاص موقعه ه هذا
من فروع عدم انعزاله بعزله من دون الاعلام والحكم ظاهر وكان الاشبه عطفه عليه بالفاء كما في بعض
الا ان النسخ المعتبرة كنسخة شيخنا الشهيد التي قابلها بنسخ مصنفه بالواو قوله وتبطل الوكالة
بالموت ه اي موت كل من الوكيل والموكل اما موت الوكيل فظاهر واما موت الموكل فتبطل به وكالة
الوكيل فيكون تصرفه بعد الموت باطلا وان لم يعلم بموته لان ذلك هو الاصل وانما خرج منه
العزل بالنص ولا يبطل الامانة ببطلان الوكالة هنا فلو تلفت العين الموكل فيها في يده بغير تفريط
لم يضمن وكذا لو كان وكيلا في قبض حق فقبضه بعد موت الموكل قبل العلم به وتلف في يده بغير تفريط لكن
يجب عليه المبادرة الى ايصال العين الى الوارث فان اخر ضمن كالوديعة قوله والجنون والاغماء
من كل واحد منهما ه هذا موضع وفاق وهو من احكام العقود الجائزة ولا فرق عندنا بين طول زمان
الاغماء وقصره ولا بين الجنون المطبق والادوار وكذا لا فرق بين ان يعلم الموكل بعروض المبطل وعدمه
ويجيء على احتمال جواز تصرفه مع رده وعدم بطلان الوكالة بتعليقها على شرط جواز تصرفه هنا بعد
زوال المانع بالاذن العام قوله وتبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه
لانه اذا امتنع من مباشرته فمن التوكيل فيه اولى ولسلب الحجر السفه والفلس اهلية التصرف ومن ثم لا
يثبت عليه ولاية ومثله السكر الا انه يشترط في الوكيل العدالة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف العام
ووكيل الوكيل مطلقا فتبطل وكالته بالسكر الاختياري كما لو فعل الموكل الذي يشترط عدالته
وقيد في اللمعة النوم المتطاول بان لا يؤدي الى الاغماء هو حسن الا انه خروج عن موضع الفرض قوله
وتبطل الوكالة بتلف ما تعلقت به الوكالة كموت العبد الموكل في بيعه وموت المرأة الموكل بطلاقها ه
المراد بمتعلق الوكالة ما دل عليه لفظها مطابقة او تضمنا فالاول كما ذكره المصنف من موت العبد الموكل
في بيعه والمرأة الموكل في طلاقها والثاني كتلف الدينار الموكل في الشراء به فان متعلق الوكالة الشراء

ولكنه

وكونه بالدينار المعين فاذا تلف الدينار بطلت الوكالة لفوات متعلقها في الموضعين ولا فرق بين ان
ينص على الشراء بعينه او يطلق بان يقول اشتر به لاقتضائه دفعه ثمنا فلا يتأتى ولا يبدله لو كان
تلفه موجبا للضمان وفي حكم التلف انتقاله عن ملكه كما لو اعتق العبد الموكل في بيعه او باع الموكل
عتقه او نقل الدينار عن ملكه لذلك وان كان باقراضه الوكيل في اقتضائه اياه قوله وكذا لو فعل
الموكل ما تعلقت به الوكالة كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه ه بطلان الوكالة ظاهر لامتناع تحصيل الحاصل
وفي حكمه فعل الموكل ما ينافي الوكالة وفي كون وطء الزوجة الموكل في طلاقها او السرية الموكل في بيعها
منافيا وجهان من دلالة الوطء على الرغبة ظاهرا ولهذا دل على الرجوع في المطلقة رجعيا ففي الوكالة
اولى ومن ثبوت الوكالة ومنافاة الوطء لها غير معلوم وثبوت الفرق بين الوطء والوكالة فان
الطلاق يقتضي قطع علاقة النكاح فينافيه الوطء بخلاف التوكيل فانه لا ينافي انتفاع الموكل بالملك
الذي من جملته الوطء الموجب لعدم فعل مقتضى الوكالة الا انه ينافيه فالاولوية ممنوعة وهذا اقوى واولى
بعدم البطلان فعل المقدمات وفي عدة فرق بين الزوجة والسرية فقطع في الزوجة بالبطلان
وفي السرية بخلافه والفرق ضعيف وفي التذكرة توقف في حكم الوطء والمقدمات معا قوله
والعبارة عن العزل ان يقول عزلتك الخ ه هذا بيان للعزل القولي اما الفعلي فقد تقدم ما يدل عليه
ولو نهاه عن فعل ما وكله فيه فهو عزل قولي ايضا وهو داخل فيما جرى مجراه قوله والاطلاق
في الوكالة يقتضي الابتياع بثمن المثل بنقد البلد ه يستثنى من ثمن المثل النقصان عنه بالشيء
اليسير الذي يتسامح الناس بمثله ولا يناقشون به كدرهم ودرهمين في الف ويجب تقييد جواز
البيع به بعدم وجود باذل للازيد منه والا لم يجز الاقتصار عليه حتى لو باع بثمن المثل فوجد في مدة
الخيار باذلا بزيادة وجب عليه الفسخ ان كانت وكالته لذلك وليس كذلك ما لو عين له قدرا
فوجد باذلا للازيد فانه لا يجب عليه هنا بيعه بالازيد لاحتماله والفرق انه في الاول مخاطب بالعمل
بالامر المتعارف وهنا بالعمل بما عين له واما نقد البلد فان اتحد حمل عليه لانه المعهود عند الاطلاق
وان اختلف باع بالاغلب فان تساوت النقود في المعاملة باع بما هو انفع للموكل فان استوت

نفعًا ومعاملة بخبر قوله وان يبتاع الصحيح دون المعيب ش الخلاف عندنا في ان اطلاق الوكالة بالشرا يقتضي
شرا الصحيح دون المعيب لانه المعهود عرفًا خصوصًا فيما يشتري للقنية وبهما فارقت الوكالة
القراض فاذا خالف الوكيل فاشترى المعيب عالمًا كان فضوليًا وان كان جاهلًا وقع عن الموكل لانه
مكلف بالظاهر والوقوف على الباطن قد يعجز عنه بخلاف عامل الشرى بعين المثل فانه لا يقع عن
الموكل وان كان جاهلًا لان نقص القيمة امر ظاهر مستند الى تحريره في نقص القيمة بخلاف العيب لكنا
قد رده ويشكل الحكم فيهما على الاطلاق بعد خفي العيب اما بما ظهر من العيب فالذي يقتضيه العرف
بموافقة النظر ان العيب والمعيب معًا ان كانا مما يخفى غالبًا وقع الشرا عن الموكل مع الجهل بهما والا وقف
على الاجازة فينبغي تامل ذلك قوله ولو باع الوكيل بثمن فانكر المالك الاذن في ذلك القدر كان
القول قوله مع يمينه ثم تستعاد العين ان كانت باقية ومثلها او قيمتها ان كانت تالفة وقيل
يلزم الدلال اتمام ما حلف عليه المالك وهو بعيد ش هذا الاختلاف راجع الى صفة الوكالة
كما يقبل قول الموكل في اصلها وكذا في صفتها لانه فعله وهو اعرف بحاله ومقاصده الصادرة
عنه والاصالة عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل ومن ثمة تقوله ولو باع الوكيل
على ان فائدة هذا الاختلاف انما هو مع وقوع التصرف لان الوكالة قبل تصرفه بمجرد الانكار
لا يقال ان دعوى الموكل ح يستلزم حمل الوكيل خاينًا المتصرف على غير الوجه المامور به
فيكون القول قول الناهي وكالاصل عدم الخيانة كما سياتي لانا نقول ذلك انما يتم لو
كان تصرفه بالوكالة والخيانة في نفس متعلقها كما لو ادعى الموكل عليه بعد تلف الثمن الذي باع به
بمقتضى الوكالة تاخر قبضه عن تقبيض المبيع او المتعدي فيه بوجه وهنا ليس كذلك لان
اختلافهما في صفة التوكيل يؤول الى الاختلاف في اصلها لان الموكل منكر لاصل الوكالة على الوجه
الذي يدعيه الوكيل وبالجملة فالوجه الذي يقتضي القبول في اصلها يقتضيه في صفتها
والقول الذي نقله المص ضعيف ولا مستند له قوله فان تصادق الوكيل والمشتري على الثمن
ودفع الوكيل الى المشتري السلعة فتلفت في يده كان للموكل الرجوع على ايهما شا بالقيمة لكن اذا

رجع

نرجع الموكل على المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لتصديقه له في الاذن وان رجع على الوكيل
رجع الوكيل على المشتري باقل الامرين من ثمنه وما اغترمه ش اذا حلف الموكل على نفي ما ادعاه
الوكيل بطل البيع بالنسبة الى الوكيل واما المشتري فان صادق على الوكالة فتبين في حقه كذلك
وكما فلا يلزمه اليمين على نفي العلم اذا ادعي عليه فان نكل ردت على الموكل وتوقف ثبوت البطلان
بالنسبة اليه على يمين اخرى ثم اما ان يكون العين باقية او تالفة فان كانت باقية وثبت قول
الموكل بالنسبة الى المشتري استرجعها ورجع المشتري بالثمن ان كان دفعه ولم يصدق
الوكيل في دعواه ولا رجع باقل الامرين من الثمن وقيمة المبيع لان الثمن ان كان اقل فليس في
يد الوكيل من مال الموكل الذي هو ظالم للمشتري بزعمه سواه فياخذه قصاصًا وان كان الثمن
يرجع بازيد من القيمة لانه المظلوم فيها بزعمه ويبقى الزايد في يد الوكيل مجهول المالك وان
كانت تالفة فحكمه ما ذكره المص من تخيير الموكل في الرجوع على ايهما شاء اما المشتري فلتلف المال
في يده واما الوكيل فلتعديه ولانه ظالم فان رجع على المشتري بالقيمة وكان مصدقًا للوكيل فيما
يدعيه لم يرجع المشتري على الوكيل لتصديقه له في صحة البيع وزعمه ان الموكل ظالم في رجوعه
عليه فلا يرجع على غير ظالمه هذا اذا لم يكن قبض الوكيل الثمن فيرجع على الوكيل بما دفعه
اليه لكن ان كان بقدر القيمة او اقل فالرجوع به ظاهر ولا يرجع بقدر ما غرم ويبقى الباقي في يد
الوكيل مجهول المالك وان لم يكن المشتري مصدقًا على الوكالة رجع على الوكيل بما غرم اجمع لغرور
ولو كان الثمن في يده وقد دفعه الى الوكيل رجع به لفساد البيع ظاهرًا وان رجع الموكل على
المشتري بالاقل من ثمنه وما اغترمه لان الثمن ان كان اقل فهو بزعمه ان الموكل لا يستحق سواه
وانه ظالم باخذ الزايد عن القيمة فلا يرجع به على المشتري وان كانت القيمة اقل فلم يغرم سواها
لكن يبقى الزايد مجهول المالك ظاهرًا لان الموكل لا يستحقه بزعمه وموافقة الظاهر له والوكيل
قد خرج عن الوكالة بانكار الموكل فليس له قبضه فيتنزع الحاكم ويتوصل الى تحصيل مالكه
واعلم ان مقتضى السياق كون الوكيل لم يقبض الثمن بعد وان كان اول الكلام عرج

فيرجع كل واحد من الوكيل والمشتري على الاخر باقل الامرين مع تصادقهما ويبقى الزايد مجهول المالك
لو فرض القبض كانت الزيادة في يد الوكيل ايضًا ان انتفت قوله واطلاق الوكالة في البيع يقتضي تسليم
المبيع لانه من واجباته وكذا اطلاق الوكالة في الشرا يقتضي الاذن في تسليم الثمن لكن لا يقتضي
الاذن في البيع قبض الثمن لانه قد لا يؤمن على القبض ش انما كان من واجباته لان البيع يقتضي
ازالة ملك البايع عن المبيع ودخوله في ملك المشتري فيجب على مدخل الملك التسليم لانه من
حقوقه لكن لا يسلمه حتى يقبض الثمن هو او من يكون له قبضه رعاية لمصلحة الموكل ولتقابضا
معًا فلو سلم المبيع قبله فتعذر اخذه من المشتري ضمن لتضييعه اياه بالتسليم قبله ووجه البيان
مستفاد مما ذكر وقبض المبيع فيه كقبض الثمن فلا يقتضي التوكيل في الشرا تسليم الوكيل المبيع
لانه قد يستامن على الثمن ولا يستامن على المبيع نعم لو دلت القراين على الاذن فيهما كما لو وكله
في شرا عين من مكان بعيد يخاف مع عدم قبض الوكيل لها ذهابها جاز قبضه بل وجب
كما انه لو امره بالبيع في موضع يضيع الثمن بترك قبضه كسوق غايب عن الموكل او البيع على من وكل
على الموكل بحيث يدل القراين على انه لم يامره ببيعه الا ان يقبضه جاز القبض كامر فلو اخل
الوكيل بالقبض فتعذر الوصول الى الثمن ضمنه لتضييعه له قوله وللوكيل ان يرد بالعيب لانه
من مصلحة العقد مع حضور الموكل وغيبته ش لان الموكل قد اقامه مقام نفسه في هذا العقد
والرد بالعيب من لوازمه ولان التوكيل لم ينزل الا على شرا الصحيح فاذا ظهر العيب كان له
الرد وشرا الصحيح ويشكل الاول بانه انما اقامه مقام نفسه في العقد لا في اللوازم اذ من
جملتها القبض والاقالة وغيرهما وليس له مباشرتها اجماعًا والثاني بان مقتضاه وقوف
العقد على الاجازة كما مر لا ثبوت الرد وعلله في التذكرة بانه لا يلزمه شرا الصحيح في الظاهر
ولهذا مكلفًا بالسلامة في الباطن لان ذلك لا يمكن الوقوف عليه فلا يجوز تكليفه به ويعجز عن التحرز
عن شرا معيب لم يظهر عليه فيقع الشرا للموكل وهذا التعليل لا يدل الا على جواز الرد
ايضًا لانه مغاير للشرا والتوكيل انما اقتضى الشرا لا الرد ويمكن استفادة جواز الرد من

القراين

القراين الخارجية لا من نفس الصيغة وبها فرق بين ما لو اطلق الموكل كما لو قال اشتر لي عبدًا
هنديًا او بين ما لو عينه كهذا العبد فجوز للوكيل الرد بالعيب في الاول لما مر دون الثاني لانه
بتعيينه له قد قطع نظر الوكيل واجتهاده والحق عدم جواز الرد مطلقًا وفاقًا للتذكرة لان
الوكالة في الشرا انما اقتضت ادخال المبيع في ملكه والرد يقابله ويضاده فلا يدخل فيها قوله
ولو منعه الموكل لم يكن له مخالفته ش لا شبهة في بطلان رده بالنهي المذكور لان ابطال الوكالة فيما تضمنه
وغرلة فيه واذا جاز عزله عن الوكالة في بعض مقتضياتها اولى وفي حكمه اظهار الرضا
بالعيب فانه في معنى النهي عن الرد ولا يشكل الفرق بين الوكيل وعامل المضاربة حيث انه
قد سلف ان ليس للمالك منعه من الرد بالعيب وان رضي به مع كون العامل في معنى الوكيل
والفارق اختصاص الحق هنا في الموكل واشتراكه في العامل قوله وضابطه ما تعلق قصد الشارع
بايقاعه من المكلف مباشرة الخ ش المرجع في معرفة غرض الشارع في ذلك الى النقل اذ ليس له قاعدة
كلية لا تنخرم وان كان بحسب التقريب ينحصر فيما ذكر اما العبادات فالمقصود منها فعل المكلف
ما امر به وانقياده وتذلله وذلك لا يحصل الا بالمباشرة ولا يفرق الامر في ذلك بين حالتي القدرة
والعجز الا ان العاجز عن الصلوة الواجبة ليس له الاستنابة فيها بل يوقعها بنفسه على الحال
المقررة وقريب منها الصوم وقد يختلف الحكم في مواضع اشار المص الى بعضها منها غسل اعضاء
الطهارة ومسحها اذا عجز عنها المكلف فانه يجوز له الاستنابة فيه سواء في ذلك المائية والترابية
وسوى ما هو النية اذ لا يعجز عنها مع بقاء التكليف وليس هنا توكيلًا حقيقيًا ومن ثم يقع
يتولى من يصح توكيله كالمجنون واما تطهير الثوب والبدن وغيرهما مما يجب تطهيره فانه
يجوز الاستنابة فيه لكن يمكن جعل هذا النوع عبادة كيف لكنه يمكن اخراجه اذ النية ليست
شرطًا في صحته فان الغرض منه هجران النجاسة وزوالها كيفما اتفق وان توقف حصول
الثواب على فعله والتخالفة بالعبادة على النية ومنها الصلوة الواجبة وذلك في ركعتي الطواف
حيث يجوز الاستنابة في الحج الواجب والمندوبة كصلوة الزيارة والطواف المندوب حيث

بناء فيه ولغيرهما من النوافل وقطوع الصوم المندوب ففي جواز التوكيل فيه نظر، والاطلاق جماعة من الاصحاب المنع من الاستنابة في العبادات يشملهما وان تقييد الاطلاق في غيرهما و الاعتكاف كالصوم لاشتراطه به ومنها اداء الزكاة فان الاستنابة فيه جائزة بغير اشكال ومنها عتق العبد عن كفارة وجبت عليه باذنه او مطلقا على التفصيل ما في ان شاء الله ومنها الحج المندوب مطلقا والواجب عند العجز عنه على ما تقدم تفصيله ومنها تولية الامام غيره في القضاء وكذا تولية منصوبه الخاص لغيره مع الاذن له في ذلك و تسمية هذا النوع وكالة مجاز، واستثناؤه من هذا الباب لكونه عبادة بل من اكمل العبادات وما تقدم في الطهارة آت هنا وانما قيدنا تولية القضا بالامام او نايبه الخاص لعدم امكان توليته منصوبه العام وهو الفقيه في زمان الغيبة لغيره فيه لان غيره ان كان جامعا لشرائط الفتوى كان نائبا و بالاولى في كونه نائبا للامام فيه ايضا والا لم يتصور كونه قاضيا لما اتفق عليه الاصحاب من اشتراط جمع القاضي لشرائط الفتوى نعم يمكن الاستنابة في الحلف بعد توجه اليمين عنده **قوله** والقسم بين الزوجات لانه يتضمن استمتاعا ه هو بفتح القاف مصدر قولك قسمت الشيء ولا فرق فيه بين توكيل محرم الزوجة وغيره ان كان يكفي فيه مجرد الاقامة عندهن لما نبه عليه بقوله لانه يتضمن استمتاعا اي تلذذا و اشتغالا للزوجة به ولا يتم بدون الزوج **قوله** والالتقاط والاحتطاب والاحتشاش بناء على كونه يملك بمجرد الحيازة فلا يتصور فيه الاستنابة على وجه يقتضي ملكية الموكل و قد تقدم ان الاقوى جواز التوكيل فيه وملك الموكل مع نية الوكيل الملك للموكل **قوله** الا على وجه الشهادة على الشهادة ه الاولى كون الاستثناء منقطعا لان الشهادة على الشهادة ليست بطريق الوكالة بل هي شهادة بكون فلان شاهدا نعم فيها شائبة الوكالة من حيث الصورة باستناد الحاكم الى قول الشاهد الاصلي وبسبب هذه الملاحظة يمكن كون الاستثناء متصلا بجعلها من افرادها مجازا **قوله** وفي استيفاء الحدود مطلقا ه اي سواء

كانت

كانت حدود الادميين كحد السرقة والقذف ام حدود الله تعالى كحد الزنا والمراد استيفاؤها بعد ثبوتها عند الحاكم بمعنى مباشرتها او تحصيلها ولا فرق في ذلك بين حضور المستحق وغيبته ونبه بقوله مطلقا على خلاف بعض العامة المانع من التوكيل في استيفاء حدود الادميين في غيبة المستحق لانه لا يتيقن بقاء الاستحقاق لجواز العفو ولانه ربما رق قلبه بحضوره فيعفو ويضعف بان الاصل البقاء والاحتمال لا اثر له مع حضوره ولا ينهض مانعا لان الغرض استحقاقه الان ومطالبته بها **قوله** وفي اثبات حدود الادميين اما حدود الله سبحانه فلا ه هكذا اطلق العلامة في غير التذكرة ووجه المنع في حدود الله انها مبنية على التخفيف ولامره صلى الله عليه وآله بادرائها بالشبهات والتوكيل توصل الى اثباتها والاقوى جوازه لان جواز الاستنابة في الاحكام على العموم تدخل الحدود ودفع التخصيص اولى وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله وكل انيسا في اثبات الحد واستيفائه جميعا وقال فان اعترفت فارجمها وهذا يدل على انه لم يكن قد ثبت والامر بادرائها بالشبهات لا ينافي جواز التوكيل لان للوكيل ان يدرأها بالشبهة **قوله** ولو وكل على كل قليل وكثير قيل لا يصح لما يتطرق من الضرر وقيل يجوز ويندفع الخيال باعتبار المصلحة وهو بعيد عن موضع الفرض نعم لو وكله على ما يملكه صح لانه ينضبط بالمصلحة ه القولان للشيخ رحمه الله والجواز مذهب الاكثر لانتفاء الغرر واندفاع الضرر برعاية المصلحة في فعل الوكيل مطلقا والمصنف رحمه الله رد هذا القيد بانه بعيد عن موضع الفرض فان الفرض كونه وكيلا في كل شيء فيدخل فيه عتق عبيده وتطليق نسائه وهبة املاكه ونحو ذلك مما يوجب الضرر والقيد خروج عن الكلية وجوابه ان القيد معتبر وان لم يصرح به في العموم حتى لو خصص بفرد واحد تقيد بالمصلحة فكيف بمثل هذا العام المنتشر وفرق المصنف بين هذا العام وبين ما لو خصصه بوجه كقوله وكلتك على ما املك ونحوه لاندفاع معظم الغرر نظرا الى ان رعاية المصلحة في الامور المنتشرة امر خفي جدا فاذا خصص تعلقها سهلت وهو غير واضح لان رعاية المصلحة يضبط الامرين وانتشار الامور لا يمنع من ذلك فان مرجع المصلحة الى نظر الوكيل فما علم فيه المصلحة يفعله وما اشتبه يمتنع فعله ولانه لو فصل ذلك

التوكيل

العام المنتشر فقال وكلتك في عتق عبيدي وتزويج بناتي وبيع املاكي صح لان كل واحد منها منضبط برعاية المصلحة على ما اعترفوا به فكذلك مشترك بين الامرين والاقوى الجواز مطلقا **قوله** ولو بلغ عشرا جاز ان يوكل فيما له التصرف فيه الخ ه بناء على جواز تصرفه في هذه الاشياء مباشرة فجازت الاستنابة والاقوى المنع منها **قوله** وليس للعبد القن ان يوكل الا باذن مولاه ه القن ان قلنا انه يملك فلا يجوز توكيله فيما يملكه الا باذن مولاه لثبوت الحجر عليه وان احلنا ملكه فتوكيله انما يكون في حق مولاه فان لم يكن ماذونا لم يصح توكيله مطلقا اذ ليس له التصرف مباشرة فلا يجوز وكالة ثم يجوز له التوكيل فيما يملك مباشرته بدون اذنه كالطلاق وان كان ماذونا جاز له التوكيل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه خاصة وسياتي **قوله** ولو وكله انسان في شراء نفسه من مولاه صح ه المراد انه وكله باذن مولاه لما سياتي من توقف وكالته على اذنه وخص هذه الصورة لدفع احتمال البطلان هنا من حيث ان الشراء يستدعي مغايرة المشتري للمبيع ويندفع بان المغايرة الاعتبارية كافية ويمكن ان يكون مبنيا على جواز توكيله بغير اذن مولاه اذا لم يمنع شيئا من حقوقه كما سياتي تحقيقه والامر هنا كذلك اذ لا منع من حقوق المولى حيث انه بحضرته وكلامه معه **قوله** وليس للوكيل ان يوكل الا باذن من الموكل ه لان الوكيل لا يملك المباشرة لنفسه ولا ولاية له وانما هو نائب فيقتصر على ما دل عليه اللفظ فان اذن له في التوكيل صريحا فلا اشكال وكذا لو دل اللفظ باطلاقه او عمومه على ذلك كاصنع ما شئت او مفوضا ونحوه ولو لم ياذن له صريحا ولا ضمنا ولكن دلت القرائن على الاذن كما لو وكله فيما لا يباشر مثله لترفعه عنه او عجزه عنه او عن بعضه لاتساعه كالزراعة في اماكن متعددة لا يقوم جميعها الا بمساعد فالاجود جوازه لكن يجب تقييده بعلم الموكل بترفعه وعجزه فلو لم يعلم بهما لم يجز له التوكيل لانتفاء القرينة من جانب الموكل التي هي مناط الاذن ويقتصر في التوكيل في الاخير على ما يعجز عنه لان توكيله خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع الحاجة وحيث اذن له في التوكيل فان صرح بكونه وكيلا عن الوكيل لحقه احكام الموكل وان صرح بكونه وكيلا عن الموكل او اطلق كان وكيلا آخر عنه وسياتي تفصيله **قوله** ولا يوكل المحرم في عقد النكاح ولا ابتياع الصيد ه هذا الحكم صالح لدخوله في باب الموكل

عليهما

الموكل والوكيل فانه كما لا يجوز للمحرم ان يوكل في العقد كذا لا يصح له التوكيل فيه والمحرم من ذلك ايقاع العقد في حال الاحرام والتوكيل فيه كذلك اما لو حصلت الوكالة في حالته ليوقع في حال الاحلال فظاهر العبارة منعه ايضا والاولى الجواز وهل التحريم مشروط بكون العبد للموكل كما هو ظاهر الكلام والنص ام هو اعم من ذلك حتى يحرم على الاب والجد وشبههما التوكيل حال الاحرام في ايقاع عقد المولى عليه و كذا الوكيل الذي يسوغ له التوكيل كل محتمل وطريق الاحتياط واضح وفي حكم التوكيل في ابتياع الصيد التوكيل في شرائه وبيعه لامتناع اثبات المحرم يده على الصيد وفي حكم المحرم المعتكف في عقد البيع حيث لا يجوز له ذلك **قوله** وتصح الوكالة في الطلاق للغائب اجماعا وللحاضر على الاظهر ه هذا هو المشهور بل ادعى عليه ابن ادريس الاجماع ولان الطلاق قابل للنيابة والا لما صح توكيل الغائب ولعموم صحيحة سعيد الاعرج عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل امر امراته الى رجل يطلقها ايجوز ذلك فقال عليه السلام نعم من غير استفصال وهو يفيد العموم ومنع منه الشيخ وجماعة جمعا بين ما تقدم وبين اطلاق رواية زرارة عنه عليه السلام لا تجوز الوكالة في الطلاق وحملها على الحاضر وهي مع ضعفها قاصرة عن الدلالة **قوله** ولو قال الموكل اصنع ما شئت كان دالا على الاذن في التوكيل لانه تسليط على ما تعلق به المشية ه تقريب الاستدلال على جواز توكيل الوكيل بذلك ان ما من صيغ العموم وقد اذن له في ان يفعل كل ما شاء فاذا شاء ان يوكل فقد دخل في عموم الاذن وهو جيد في موضعه وخالف في ذلك العلامة في التذكرة محتجا بانه انما يستلزم التعميم فيما يفعله بنفسه وبنايبه حيث شاء النيابة وفي الحقيقة مدلول العام كمدلول الخاص في الحجر وان اختلفا في القوة والضعف فهذا اذن له في التوكيل من حيث العموم فيدخل فيما تقدم الا انه اعاده للتنبيه على انه موضع شبهة كما ذكره العلامة **قوله** ويستحب ان يكون تام البصيرة فيما وكل فيه عارفا باللغة التي يحاور بها ه اي يكون له بصيرة تامة ومعرفة باللغة التي تتعلق بعين ما وكل فيه ليكون مليا بتحقيق مراد الموكل وقال ابن البراج ان ذلك واجب وهو ظاهر ابي الصلاح وهو ضعيف **قوله** وينبغي للحاكم ان يوكل على السفهاء من يتولى الحكومة عنهم ه وكذا يوكل من يباشر عنهم جميع ما يقتضيه الحال من التصرف الذي يمنعون منه وكذا عن السفها

فلا يتناول الوكيل وجوابه يعلم من العموم وان العموم يتناول حمله بعمومه الوكيل

كل صح

ممن للحاكم عليه ولاية كالصبيان والمجانين وكذا الحكم في الوصي الا ان ينص له الموصي على عدم التوكيل قوله
ويكره لذوي المروات ان يتولوا المنازعة بنفوسهم ه المراد بهم اهل الشرف والمناصب الجليلة الذين لا يليق بهم
الامتهان وروي ان عليا عليه السلام وكل عقيلا في خصومة وقال ان للخصومة قحما وان الشيطان
ليحضرها واني لاكره ان احضرها قال في الصحاح القحمة بالضم المهلكة وللخصومة قحم اي انها تقحم بصاحبها
على ما لا يريده قوله ولو ارتد المسلم لم تبطل وكالته لان الارتداد لا يمنع الوكالة ابتداء فكذا استدامة ه
المراد عدم بطلانها من حيث الارتداد كما يدل عليه تعليله وذلك لا ينافي بطلانها من جهة اخرى ككونه
وكيلا على مسلم فانه حكم الكافر في هذه الجهة على الظاهر ولا فرق بين المرتد عن فطرة وغيره كما يقتضيه
اطلاقهم واراد بذلك دفع توهم بطلان وكالته لحكمهم ببطلان تصرفاته ووجه خروج الوكالة ان تصرفه
الممنوع ما كان لنفسه ووكالته لغيره ليست منه قوله وكل ما له ان يليه بنفسه وتصح النيابة فيه صح ان
يكون فيه وكيلا الخ هذا ضابط ما تجوز الوكالة فيه بمعنى ان يكون وكيلا واحترز بقوله وتصح النيابة فيه
عما تصح ان يليه بنفسه من العبادات وما وافقها من الاحكام التي لا تصح النيابة فيها مع ان للانسان
ان يليها بنفسه ودخل فيه المحجور عليه بسفه وفلس فانهما يليان لانفسهما بعض الافعال فتصح وكالتهما
فيها بل في غيرها ايضا وخرج توكل المحرم في حفظ الصيد وشرائه اذ ليس له ان يليه بنفسه كما مر
قوله ويجوز ان تتوكل المراة في طلاق غيرها وهل يصح في طلاق نفسها قيل لا وفيه تردد ه اما وكالتها
في طلاق غيرها سواء كانت زوجة لزوجها ام لاجنبي فلا اشكال فيه لان الطلاق يقبل النيابة في الجملة
واما طلاق نفسها فمنع منه الشيخ رحمه الله وابن ادريس لاشتراط المغايرة بين الوكيل والمطلقة وهو
ضعيف لانه يكفي فيه المغايرة الاعتبارية قوله وتصح وكالتها في عقد النكاح لان عبارتها فيه معتبرة عندنا ه
نبه بذلك على خلاف الشافعي فانه منع من توكلها فيه ايجابا وقبولا كالمحرم وليس بشيء قوله وتجوز
وكالة العبد اذا اذن مولاه ه لان عبارته معتبرة والمانع كون منافعه مملوكة لمولاه فمع اذنه يزول
المانع ومقتضى اطلاق توقف توكيله على اذن المولى في كلام المص وغيره عدم الفرق بين ان يمنع
ما توكل فيه شيئا من حقوق سيده المطلوبة منه وعدمه كما لو وكله في ايجاب عقد او قبوله في حال خلوه من

الرابع التوكيل

ضابط ما تجوز الوكالة فيه

من امر السيد بشيء او في حال اشتغاله بامره او مقدماته حيث لا منافاة وتدل على حكم الاطلاق كون منافعه
باجمعها ملكا للسيد فلا فرق بين قليلها وكثيرها وذهب العلامة في التذكرة الى جواز توكيله بغير اذنه
اذا لم يمنع شيئا من حقوقه وهو متجه لشهادة الحال وانتفاء الضرر واورد عليه ان المنافي ان كان
هو ان منافعه بجميعها ملك المولى فلا يجوز الانتفاع بها بدون اذنه ولا يعتد بها في نظر الشرع بدونه
وان كان المانع هو منافاة التوكيل لانتفاع المولى وجب ان لا يفرق بين قليل المنافع وكثيرها فيجوز
ان يتغزل له ويستنسخه حيث لا يمنع انتفاع المولى كان يغزل وهو يتردد في حوائج المولى وذلك
باطل وجوابه انا نختار الاول والقليل غير المنافي خارج من العموم مستند الى قرائن الاحوال
بل ربما استند بعضها الى الضرورة كالاستظلال بحائط الغير والاستناد اليه والاستضاءة
بمصباحه حيث لا يتجه عليه ضرر وقد تقرر في الاصول ان الاذن في ذلك واشباهه يستند الى
العقل وايضا فان ذلك يستلزم تحريم محادثة الغير ومحاورته بما يستلزم تكلمه فان ذلك من جملة
منافعه التي منع من استيفائها وهو ظاهر البطلان والفرق بين ما حكم بجوازه وبين ما اورده
من الاستغزال ونحوه شواهد الاحوال والقرائن التي تلحق الامور المشتبهة بالمعلوم قبل تكليمه
خرج بانطباق الناس عليه وجريان العادة المطردة به كالشرب من ساقية الغير بغير اذنه قلنا
المستند واحد وهو القرائن المقترنة بعدم المفسدة مع ان ايقاعه لصيغة العقد ايجابا او قبولا
او هما من جملة الكلام فتخصيص بعضه دون بعض تحكم ولا يخفى ان تكليمه ايضا مشروط بعدم
منافاته لشيء من حقوق السيد كابطائه عن غرض مطلوب منه ونحوه والا حرم ايضا قوله
ويجوز ان يوكله مولاه في اعتاق نفسه ه الكلام في تولية اعتاق نفسه كالكلام في توكيله في شراء
نفسه من مولاه فانه يحتمل المنع من حيث ان المعتق مغاير للعتق والحق الجواز والاكتفاء بالمغايرة
الاعتبارية قوله ولا يشترط عدالة الولي ولا الوكيل في عقد النكاح ه الجار متعلق بالفعل
وهو متناول للولي والوكيل اي لا يشترط عدالة الولي وهو الاب والجد له في النكاح فلهما
ان يزوجا الولد وان كانا فاسقين ولهما ان يوكلا غيرهما فيه وكذا الوكيل في عقد النكاح

عبده

لا يشترط ان يكون عدلا بل يصح توكيل الفاسق فيه ايجابا وقبولا لقبوله النيابة واصالة عدم اشتراط
العدالة اذ لا يتضمن ذلك استيمانا على امر خفي كالمال خلافا لبعض الشافعية حيث اشترط العدالة
فيهما واما اشتراط عدالة الولي في ولاية المال ففيه خلاف بين اصحابنا وفي التذكرة قطع بان الفاسق
لا ولاية له حتى لو كان عدلا ففسق انتزع المال منه واستشكل في القواعد في باب الوصايا قوله
ولا يتوكل الذمي على المسلم للذمي ولا للمسلم على القول المشهور وهل يتوكل المسلم للذمي على المسلم فيه تردد
والوجه الجواز على كراهية ه مدار الوكالة بالنسبة الى اسلام الوكيل والموكل والموكل عليه وكفرهم والفروض
ثمانية فان الوكيل اما مسلم او كافر وعلى التقديرين فالموكل اما مسلم او كافر وعلى التقديرات الاربعة
فالموكل عليه اما مسلم او كافر فمنها صورتان لا تصح الوكالة فيهما عندنا وهما ما نسب المص الحكم فيهما
الى المشهور وفي التذكرة ادعى الاجماع عليهما وهما وكالة الكافر على المسلم لكافر او مسلم لاستلزامه
السبيل للكافر على المسلم المنفي بالاية وباقي الصور تصح الوكالة فيها من غير كراهية الا في صورة واحدة
وهي وكالة المسلم للكافر على المسلم فان المشهور فيها الكراهة بل ادعى في التذكرة الاجماع والمص
تردد فيها ثم حكم بها ويظهر من الشيخ في النهاية عدم الجواز واعلم ان المص والجماعة عبروا عن الكافر
بالذمي ولا فرق من حيث الحكم بل اذا ثبت المنع في الذمي ثبت في غيره بطريق اولى وكذا الكراهة
وصور الجواز مشتركة من غير اولوية فلذلك عدلنا الى التعبير بالعام قوله ويقتصر الوكيل من التصرف
على ما اذن له فيه وما تشهد العادة بالاذن فيه فلو امره ببيع السلعة بدينار نسيئة فباعها بدينار
نقدا صح وكذا لو باعها بدينارين الا ان يكون هناك غرض صحيح يتعلق بالتاجيل الخ ه اما اقتصاره على ما اذن
فيه فلا شبهة فيه واما تجاوزه الى ما تشهد العادة بالاذن فيه فهو جائز مع اطرادها او دلالة القرائن
على ما دلت عليه كما لو اذن له في البيع بقدر نسيئة فباع به نقدا او بازيد بطريق اولى لانه
قد زاده خيرا او مثل بيع النسيئة نقدا البيع بازيد مما عين له مع المماثلة في النقد والنسيئة
والشراء بانقص ويجب تقييد ذلك كله بعدم الغرض فيما عين والا لم يجز التعدي وان لم يصرح
بالنهي فان الاغراض تختلف والمصالح لا تنضبط ويمكن كون الغرض في البيع نسيئة ان يخاف

عليهما

ان يخاف على الثمن قبل الاجل او يخاف ذهابه في النفقة مع احتياجه اليه بعد ذلك فلا يجوز تعدي
امره الا مع القطع بعدم الغرض فان الغرض هنا ليس نادرا حتى يحمل على الغالب ومثله الشراء نسيئة
بمثل ما اذن فيه نقدا لامكان ان يتجر ببقاء الثمن معه او يخاف تلفه قبل الاجل وعدم حصوله
بعد ذلك او صعوبته فلا يجوز التعدي وان جهل الحال الا مع تحقق عدم الغرض واما الثمن المعين
فيمكن كون الاقتصار عليه ارادة ارفاق المشتري ان كان معينا فلا يجوز بيعه بازيد ولو لم يكن معينا
جاز البيع بالاكثر مع عدم العلم بالغرض وعدم التصريح بالنهي عن الزائد لندور الغرض في الفرض
المذكور واغلبية ارادة الازيد مع امكان ان يريد الارفاق المطلق او عدم الاشطاط في البيع او
سهولة المعاملة فانه مندوب اليه شرعا وعدم زيادة الربح عن مقدار معين لغرض شرعي او
غير ذلك الا ان هذه الامور نادرة في المطلق فلا يلتفت اليها مع الاشتباه قوله ولو امره ببيعه
في سوق مخصوصة فباع في غيرها بالثمن الذي عين له او مع الاطلاق بثمن المثل صح اذ الغرض تحصيل
الثمن ه الكلام هنا على نحو ما سبق فان الغالب ما ذكره المص مع امكان تعلق الغرض بالسوق بسبب
جودة النقد او كثرته او حله او صلاح اهله او مودة بين الموكل وبينهم والمص اطلق جواز التعدي
ولا بد من تقييده بعدم العلم بالغرض واشترط في التذكرة العلم بعدم الغرض فلا يجوز التخطي مع
الجهل بل لان ذلك ليس نادرا ولو علم انتفاء الغرض صح البيع في غيره قطعا لكن لا يجوز نقل المبيع اليه
فلو نقله كان ضامنا وانما الفائدة صحة المعاملة لا غير قوله اما لو قال بعه من فلان فباعه من غيره
لم يصح ولو تضاعف الثمن لان الاغراض في الغرماء تتفاوت ه الغرض في تعيين الاشخاص اكثري فلا يجوز
التخطي مع الاطلاق قطعا سواء علم الغرض ام جهل الحال ام علم انتفاء الغرض على ما يظهر من اطلاقهم
لندور الغرض ووقوفا مع الاذن قوله وكذا لو امره ان يشتري بعين المال فاشترى في الذمة الخ اي لا يصح
التعدي مطلقا كما مر لاختلاف الاغراض في ذلك غالبا فانه يجوز ان يتعلق الغرض بالشراء بالعين
بسبب حل المال وخلوصه من الشبهة وتعيين الثمن فيبطل البيع بتلفه قبل القبض لاحتمال ان لا يريد
بذل غيره او لا يقدر عليه والعكس في شراء الذمة لشبهة في المال او تحريمه ونحو ذلك ويتحقق الامر مع حل هما

بالعين صح

بالنص عليه يقينا كاشتر بعين هذا المال او اشتر في الذمة والامر بالتعيين ما يدل عليه العين لغة
وان لم يصرح به كاشتر بهذا المال فان البا تقتضي المقابلة ولو اطلق الامرين واتى بعبارة تشملهما
بان سلم اليه الفا وقال اصرفها في الثمن او قال اشتر كذا بالف ولم يشر الى المعين ونحو ذلك تخير
ومتى قيل بعدم صحة العقد في هذه الصور فالمراد كونه فضوليا يقف على الاجازة **قوله** واذا ابتاع
الوكيل وقع الشراء عن الموكل ولا يدخل في ملك الوكيل لانه لو دخل في ملكه لزم ان يعتق عليه ابوه الخ ه
هذا موضع وفاق ووجهه مع ذلك ان الوكيل انما قبل لغيره فوجب ان ينتقل الملك الى ذلك الغير دونه
عملا بالقصد كما لو اشترى الاب والوصي للمولى عليه ونبه بذلك على خلاف ابي حنيفة حيث حكم بانه ينتقل
اولا الى الوكيل ثم ينتقل الى الموكل محتجا بان حقوق العقد تتعلق به كما لو اشتراه بالثمن ثمن مثله ولم يذكر
الموكل لفظا فانه يدخل في ملكه ولا ينتقل الى الموكل لان الخطاب انما جرى معه وتضعف بمنع تعلق
الاحكام به في نفس الامر وانما تعلقت به في المثال ظاهرا لعدم العلم بقصده والخطاب انما وقع معه
على سبيل النيابة وتعارض شرا الاب والوصي فانه وافق فيه على وقوعه للطفل ابتداء ويلزمه ما ذكره
المص رحمه الله من لزوم انعتاق اب الوكيل ونحوه ممن ينعتق عليه لو اشتراه للموكل ولم يقل به احد
قال العلامة رحمه الله اوردت ذلك على بعض الحنفية فاجاب بانه في الزمن الاول يقع للوكيل وفي الزمن
الثاني ينتقل الى الموكل فالزمته بانه لم يرجح الانتقال في الزمن الثاني الى الموكل دون العتق فلم يجب بشيء
والحق انه لو انتقل الى الوكيل كان اللازم ترجيح العتق لانه مبني على التغليب باعترافهم وله نظاير كثيرة
قوله ولو وكل مسلم ذميا في ابتياع خمر لم يصح ه كما يشترط كون الوكيل قادرا على ان يلي الفعل لنفسه
يشترط كون الموكل كذلك فلا يكفي جواز تصرف احدهما دون الآخر ومن ثم فلا يصح توكيل المسلم الذمي
في بيع خمر وابتياعه وان كان الذمي يملك ذلك لنفسه وقد تقدم مثله في توكيل المحرم محلا في شراء
صيد او بيعه **قوله** وكل موضع يبطل الشرا للموكل فان كان سماه عند العقد لم يقع عن
عن احدهما وان لم يكن سماه قضي به عن الوكيل في الظاهر ه اما عدم وقوعه عن الوكيل فلان العقد
تابع للقصد وقد خص الشرا بالموكل لفظا ونية فلا يقع عنه واما عدم وقوعه عن الموكل فلمخالفته امره

علی کل

امره فلا يكون ما وكل فيه واقعا فيكون فضوليا واما مع عدم ذكر الموكل فيقع للوكيل لان الخطاب معه
هذا بحسب الظاهر بمعنى ان البايع ياخذ منه الثمن ويلحقه بالنسبة اليه جميع الاحكام لعدم العلم بكذبه
بالامور الباطنة واما الوكيل في نفس الامر مع عدم اجازة الموكل فيجب عليه التخلص بحسب الامكان
وسياتي تفصيله ولا بد من تقييد ذلك ايضا بعدم الشرا بعين مال الموكل والا بطل العقد مع عدم الاجازة
وان لم يذكره لانه يصير كظهور استحقاق احد العوضين المعينين هذا بالنسبة الى نفس الامر
واما بحسب الظاهر فان صدق البايع على ذلك او قامت به البينة ثبت البطلان ظاهرا وباطنا
ووجب عليه رد ما اخذه والا ثبت ظاهرا ووجب على الوكيل عوض المدفوع للموكل لتعذر تحصيله
شرعا لاعترافه بالتفريط بسبب المخالفة وعلى البايع الحلف على نفي العلم بالحال ان ادعي عليه ذلك
والا فلا واعلم ان المراد بتسمية الوكيل للموكل التصريح بعقد الشرا له مع موافقة القصد على ذلك
اذ لو ذكره لفظا ولم يقصده باطنا وقع البيع له ظاهرا او وقف على اجازته لمخالفته لكن يكون الشرا
في الباطن للوكيل ان لم يشتر بعين مال الموكل ولم يكن للبايع غرض في تخصيص الموكل فيكون الحكم
مبنيا على الظاهر في الموضعين **قوله** وكذا لو انكر الموكل الوكالة لكن ان كان الوكيل مبطلا فالملك له
ظاهرا وباطنا وان كان الشرا للموكل باطنا ه هذه المسئلة قد تعددت في مواضع جزئية كثيرا وهنا
اتى فيها بضابط كلي وتفصيل المسئلة ان الوكيل اذا اشترى ولم تثبت وكالته في ذلك اما للدعوى
المخالفة او لانكار اصل الوكالة فلا يخ اما ان يكون قد اشترى بعين مال الموكل او بحسب الدعوى او في الذمة
وعلى الاول اما ان يكون البايع عالما بكون الثمن لمالكه او تقوم البينة بذلك اولا وعلى التقادير
فاما ان يصرح بكون الشرا للموكل او ينوي ذلك خاصة ثم اما ان يكون الوكيل صادقا بحسب الواقع
او كاذبا وحكمها انه متى كان الشرا بالعين فهو فضولي سواء ذكر الموكل ام لا وسواء نوى الشرا للموكل
ام لا فان لم يجز المالك وقد ذكره صريحا او كان له بينة ان العين له او البايع عالما بذلك فان كان
الوكيل صادقا فالعقد صحيح باطنا فاسد ظاهرا فان رجع المالك في العين واخذها من البايع
رجع اليه مبيعه فان رجع بالعين على الوكيل لتعذر اخذها من البايع اخذ الوكيل المبيع قصاصا

محقا كان صح

وتوصل الى رد ما فضل منه عن حقه ان كان هناك فضل وان تلفت تخير في الرجوع فان رجع على البايع
رجع على الوكيل وان رجع على الوكيل لم يرجع على البايع لاعترافه بظلم الموكل في الرجوع ولو لم يعلم البايع
بالحال ولم يحصل الوصفان الآخران لم يجب عليه الدفع بل يحلف على نفي العلم ان ادعي عليه ثم يغرم الوكيل
وياخذ العين قصاصا كما مر وان كان الوكيل كاذبا بحسب الواقع بطل الشرا بالعين مطلقا واتى فيه
التفصيل لكن ان كانت العين قد تلفت عند البايع وجب على الوكيل رد المبيع اليه وان كانت باقية
عنده فخلاص الوكيل ان يصالح الموكل عليها بما دفعه من المثل او القيمة ثم يصالح البايع على العين
ان امكن وان كان الشرا في الذمة وذكر الموكل وقع له باطنا ان كان محقا وبطل ظاهرا فياخذه
قصاصا وان لم يذكره لفظا ولا نية فالشرا للوكيل ظاهرا وباطنا وان كان مبطلا وذكر الموكل بطل
البيع مطلقا وان نواه خاصة فالسلعة للبايع باطنا فيشتريها منه بالثمن ان كان باقيا والا دفعها
اليه ولا شيء عليه وان لم ينوه وقع الشرا للوكيل **قوله** وطريق التخلص ان يقول الموكل ان كان
لي فقد بعته من الوكيل فيصح البيع ولا يكون هذا تعليقا للبيع على الشرط ه انما لم يكن ذلك شرطا مع
كونه بصيغته لان الشرط المبطل ما اوجب توقف العقد على امر يمكن حصوله وعدمه وهذا امر
واقع يعلم الموكل حاله فلا يضر جعله شرطا وكذا القول في كل شرط علم وجوده كقول البايع يوم الجمعة
مع علمه به ان كان اليوم الجمعة فقد بعتك كذا ومثله قول منكر التزويج او الوكالة عقيب دعوى
الزوجية ان كانت زوجتي فهي طالق ولو اوقع البيع او الطلاق من غير تعليق على الشرط صح ايضا
ولم يكن اقرارا بالتوكيل وفاقا للتذكرة **قوله** وان امتنع الموكل من البيع جاز ان يستوفي عوض ما اداه
الى البايع عن موكله من هذه السلعة ويرد ما يفضل عليه او يرجع بما يفضل له ه ويكون ذلك على
سبيل المقاصة ومن ثم توقف على امتناع الموكل والمراد بالرجوع بما يفضل الرجوع بالزايد عن قيمة المبيع
لو كانت اقل من الثمن المدفوع والرجوع ايضا على وجه المقاصة على تقدير ظفره بمال الموكل وامكنه
وضع يده عليه ولا يجوز له التصرف في المبيع قبل احد الامرين لخروج الملك عنه على كل تقدير لانه
ان كان صادقا في دعوى الوكالة فهو للموكل وان كان كاذبا فهو للبايع ولو رفع امره الى الحاكم امره

امره من اجبره الوكيل انه له بيعه منه برفق وليس له اجباره على ذلك لانتفاء الملك عنه ظاهرا ولو باعه
الحاكم بالقيمة بعد الامتناع صح وان لم يعلم الحال لان الوكيل ان كان صادقا فالموكل ممتنع من ايفاء
الحق فللحاكم البيع عليه وان كان كاذبا فالملك له فلغو الصيغة **قوله** ولو وكل اثنين فان شرط الاجتماع
لم يجز لاحدهما ان ينفرد بشيء من التصرف وكذا لو اطلق ولو مات احدهما بطلت الوكالة وليس للحاكم
ان يضم اليه امينا ه لان توكيله اياهما على هذا الوجه يوذن بعدم رضاه براي احدهما وتصرفه منفردا
واذا كان الاطلاق موديا لمعنى الاجتماع فنزله على الخصوص لمجرد التاكيد فالمراد باجتماعهما على العقد صدوره
عن رايهما وامرهما معا لا ايقاع كل منهما الصيغة وان كان ذلك جايزا ايضا فلو وكل احدهما في
ايقاع الصيغة او وكلا ثالثا صح ان اقتضت وكالتهما جواز التوكيل لانه لا تعين عليهما ايقاع الصيغة
مباشرة فيوقعها كل واحد مرة ويمكن ان يكون هذا من مواضع جواز توكيل الوكيل ولو لم يكون احدهما
يوكل الآخر لدلالة القراين على انه لا يريد مباشرة الصيغة مرتين غالبا وهذا بخلاف الوصيين على
الاجتماع فان توكيل احدهما للآخر وتوكيلهما لثالث جايز والفرق بين الوصي والوكيل ان الوصي تصرف
بالولاية كالاب بخلاف الوكيل فانه يتصرف بالاذن فيتبع مدلوله ونبه بقوله وليس للحاكم ان يضم اليه
على الفرق ايضا بين الوصي والوكيل حيث ان موت احد الوصيين على الاجتماع يجوز للحاكم الضم والفرق
انه لا ولاية للحاكم هنا على الموكل بخلاف الوصي لان النظر في حق الميت واليتيم اليه واذا تعذر احد الوصيين
صار الآخر بالنسبة الى التصرف بمنزلة عدم الوصي اذ لم يرض برايه منفردا فيشاركه الحاكم بنصب شريك
قوله ولو وكل زوجته او عبد غيره ثم طلق الزوجة واعتق العبد لم تبطل الوكالة ه اذ لا مدخل للعبودية
والزوجية في صحة الوكالة نعم لو باعه توقف فعله على اذن المشتري كما لو وكل عبد غيره ابتدا حتى لو رد
الوكالة بطلت قاله في التذكرة ولو لم يستاذن المشتري نفذ تصرفه وان ترك واجبا **قوله** اما لو اذن لعبده
في التصرف في ماله ثم اعتقه بطل الاذن لانه ليس على حد الوكالة بل هو اذن تابع للملك ه قد عرفت في
اول الوكالة ان صيغتها لا تنحصر في لفظ بل يصح بكل ما دل على الاذن في التصرف ومن ثم فيشكل الفرق بين
توكيل العبد والاذن له في التصرف حيث لا تبطل الوكالة بعتقه وتبطل الاذن الا ان يستفاد ذلك

من القراين الخارجية الدالة على ان مراده من الاذن مادام في رقه ومراده من الوكالة كونه ماذونا مطلقا
وح فلا فرق بين كون الاذن بصيغة الوكالة وغيرها مع احتمال الفرق فيرد مع الاذن المجرد لا مع التوكيل
بلفظ لاجلا تحمل معنى على لفظه ويضعف بان تصرفات الوكالة ليست امرا مغايرا للاذن بل يتادى بكل
ما دل عليه فلا فرق بين الصيغتين واحتمل في القواعد بطلانها مع البيع دون العتق لانتقاله الى اهلية
للوكالة على وجه اقوى من الحالة الاولى بخلاف البيع لانتقال منافعه لشخص اخر فيمتنع بقاؤها من دون اذنه
ويضعف بانه لا يقصر عن توكيل عبد الغير فانها لا تبطل ببيعه وان كان للثاني فسخها فلذا هنا نعم لو صرح
المالك بالاذن التابعة للملك او الوكالة التي لا تتوقف على بقائه فلا ريب في اتباعه وتحقق الفرق بين الاذن
والوكالة ووجب الحكم بزوال الاذن بالعتق والبيع معا وبقاء الوكالة في الاول مطلقا وفي الثاني موقوفا على
اجازة المشتري **قوله** واذا وكل انسانا في الحكومة لم تكن اذنا في قبض الحكومة اذ قد يوكل من لا يستأمن
على المال ع وكذا لو وكله في قبض المال فانكر الغريم لم يكن ذلك اذنا في المحاكمة اذ قد لا يرتضي للخصومة ش لما كان
اطلاق الاذن مقتضيا الفعل ما دل عليه من غير ان يتجاوز الامر دلالة خارجية على التجاوز كما مر كان
اطلاق الاذن في كل من الخصومة والاستيفاء غير متناول للاخر اذ لا تدل الاذن في احدهما على الاخر باحدى
الدلالات اما المطابقة والتضمن فظاهر واما الالتزام فلما ذكره المص من التعليل فانه لا يلزم من الاذن في
الخصومة الاذن في القبض لجواز ان يكون الماذون عارفا باحكام الخصومة ودقايقها وليس من على المال
كما هو واقع في كثير ولا بالعكس لجواز كونه امينا وليس بعارف في احكام المنازعات كما هو الاغلب في كثير
من الصالحين الذين يستأمنون على المال ولا يصلحون للحكومة **قوله** لو قال وكلتك في قبض حقي
من فلان فمات لم يكن له مطالبة الورثة اما لو قال وكلتك في قبض حقي الذي على فلان كان له ذلك ش
الفرق بين الصيغتين ان من متعلقة بفعل الامر وهو اقبض ومبداها المديون ففيها تعيين
لمبدا القبض ومنشائه وهو فلان المديون فلا يتعدى الى وارثه لان قبضه من الوارث ليس قبضا
من المديون نعم له القبض من وكيل المديون لان يده يده وهو نايب عنه بخلاف الوارث فان الملك
لم ينتقل اليه لحق النيابة ومن ثم حنث لو حلف على فعل شي بفعل موكله له لا بفعل وارثه واما الذي على

فلان فان جملة الموصول والصلة فيه صفة للحق وليس فيه تعيين المقبوض منه بوجه بل الاذن تعلق
بقبض الحق الموصوف بكونه في ذمة زيد فالوكيل يتبع الحق حيث ما انتقل فان قيل وصف الحق بكونه
على فلان يشعر بتخصيص القبض فيه لان الصفة اذا زالت بموته لم يكن الحق المتعلق بالوارث موصوفا
بكونه في ذمة فلان فلا يكون هو الموكل فيه قلنا الوصف انما يفيد الاحتراز به عن دين اخر له في ذمة
شخص اخر ولا اشعار له بتخصيص القبض وتقدير ان لا يكون له دين اخر على غيره فالصفة هنا لمجرد
التوضيح فيكون كما لو قال بع عبدي التام او الاكحل وما شاكلهما من الاوصاف فان له بيعه وان انتقص
وترك الاكل **قوله** ولو وكله في بيع فاسد لم يملك الصحيح كما لو قال له اشتر لي كذا الى ادراك الغلات
او مقدم الحاج او بعه كذلك وما شاكله ولا فرق في ذلك بين ان يكونا عالمين بالفساد وجاهلين
وبالتفريق وانما لم يملك الصحيح لعدم التوكيل فيه فيقع فضوليا ورد بذلك على ابي حنيفة حيث زعم انه يقتضيه
وكما لا يملك الصحيح لا يملك الفاسد لان الله تعالى لم يأذن فيه والموكل لم يملكه فالوكيل اولى فلو اشترى به وسلم
الثمن او باع كذلك وسلم المبيع ضمن **قوله** وكذا لو وكله في ابتياع معيب ش انما لا يملك به ابتياع الصحيح وقوفا
مع الاذن لكن هنا لو ان يشتري المعيب لانه امر شرعي والاغراض تتعلق به كما تتعلق بالصحيح ثم ان عين العيب
لم يجز التخطي الى غيره سواء ساواه ام قصر ام زاد عليه وان اطلق صح شراء ما يطلق عليه اسم العيب **قوله**
واذا كان لانسان على غيره دين فوكله ان يبتاع له به متاعا جاز ويبرى بالتسليم الى البايع ش انما توقفت
البراءة على التسليم الى البايع لان الدين لا يتعين الا بتعيين مالكه او من يقوم مقامه ومالكه لم يعينه الا
على تقدير جعله ثمنا لان البا تقتضي المقابلة ولا يصير ثمنا مع كونه في الذمة بحيث تتحقق البراءة منه
الا بقبض البايع له وبتقدير اقراره قبل الشراء وصحته لا تتحقق البراءة منه الا بقبض المالك له او من
يقوم مقامه وليس هنا الا قبض البايع لان هذا القسم خارج عن موضع الغرض لما تقرر من ان مقتضى
الشرا بالدين جعله عوضا ولا دلالة له في اللفظ على اقراره فيقتصر على موضع اليقين ولا مانع من
جعله على هذا الوجه ثمنا للمبيع في الجملة **قوله** ولا بشاهد وامراتين ولا بشاهد ويمين على قول
مشهور ش هذا هو المذهب لا نعلم فيه مخالفا ولان متعلق الشاهد واليمين والشاهد والمراتين الحقوق

المالية والغرض من الوكالة الولاية على التصرف والمال قد يترتب عليها لكنه غير مقصود بالذات من ماهيتها
ويشكل الحكم فيما لو اشتملت الدعوى على الجهتين كما لو ادعى شخص على اخر وكالة بجعل واقام شاهدا وامراتين
او شاهدا وحلف معه والظاهر ح انه يثبت المال لا الوكالة ولا يقدح في ذلك تبعض الشهادة ومثله ما لو اقام
ذلك بالسرقة فانه يثبت المال لا القطع ولان المقصود بالذات هنا المال لا الولاية نعم لو كان ذلك قبل العمل
اتجه عدم الثبوت لان انكار الوكالة ابطلها والمال لم يثبت بعد ويمكن ان يكون نسبة المص القول الى الشهرة
المشعرة بتوقفه فيه لاجل ذلك فيكون التوقف في عموم الحكم لا في اصله **قوله** ولو شهد احدهما بالوكالة في
تاريخ والاخر في تاريخ اخر قبلت شهادتهما وكذا لو شهد احدهما انه وكله بالعجمية والاخر بالعربية
لان ذلك يكون اشارة الى المعنى الواحد ولو اختلفا في لفظ العقد بان شهد احدهما ان الموكل قال
وكلتك وشهد الاخر انه قال استنبتك لم يقبل لانها شهادة على عقدين وفيه تردد اذ مرجعه
الى انهما شهدا في وقتين ش المشهور في عبارات الاصحاب وغيرهم ان الشاهدين بالوكالة اذا اختلف
تاريخ ما شهدا به لم تثبت الوكالة بذلك لان كل صيغة واقعة في وقت منهما لم يقم بها شاهدان و
احد بها غير الاخرى اما لو شهدا باقراره بها في وقتين قبلت والمص رحمه الله لم يفرق في اطلاق كلامه
بينهما بل ظاهره في الاول ان شهادتهما بنفس الوكالة في تاريخين ولكن تعليله بعسر جمع الشهود
في الوقت الواحد قد يستفاد منه ان المتاخر وقع على جهة الاقرار لان الصيغة اذا وقعت مرة
بقي ما بعدها اقرارا ايضا وعلى هذا فيكفي شهادة احدهما بالانشاء والاخر بالاقرار في وقتين كما يقبل
لو شهدا معا بالاقرار في الوقتين ويبقى قوله ولو اختلفا في لفظ العقد صريحا في انشاء الوكالة وح ذلك
اختلاف العبارة يقتضي تعدد الانشاء كما لو تعدد الوقت وان اتفقت العبارة ومرجع تردده في ذلك
وتعليله الجواز بقوله ان مرجعه الى انهما شهدا في وقتين يدل على ان اختلاف الوقت في
العقد نفسه لا يضر لانه فرض المسألة في اختلافهما في نفس العقد وانما يضر لو كانا في لفظه بان
شهد احدهما ان العقد الواقع منه في الوقت المعين كان بلفظ وكلتك وشهد الاخر انه بعينه
كان بلفظ استنبتك وهنا لا اشكال في عدم الثبوت والذي يظهر من العبارة ان ما عدا صورة

نظرا الى العادة في الاشهاد اذ جمع الشهود لذلك في الموضع الواحد قد يعسر

صورة التناقض المحض يثبت به وان اختلف الوقت مطلقا وهو مشكل لعدم ثبوت كل واحد من الصيغتين
وانما الشك فيما لو شهدا بالاقرار في الوقت المختلف الا ان المشهور ح قبوله والفرق بين الاقرار والانشاء
ان الاقرار اخبار وهو يستدعي امرا خارجيا مطابقا له ولا يلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج لامكان ان
يخبر عن الشي الواحد باخبار متعددة في ازمنة متعددة وبالفاظ مختلفة فيكون الامر الخارجي عن نسبة
الخبر مسكوتا عنه من جهة التعدد والاتحاد فيكون ذلك كاطلاق الشهادة من غير تعيين زمان او مكان
فيثبت اصل التوكيل لاتفاقهما عليه واصالة عدم التعدد في العقد الواحد بخلاف ما لو كان الاختلاف
في نفس عقد الوكالة فانه انشاء لا خارج له يقصد مطابقته بل الوكالة حاصلة منه في الحال
فتعدد زمانه ومكانه واختلاف صيغته يوجب اختلافه ولم يطابق على احدهما شاهدان
فلا يثبت فان قيل تعدد الخبر كما لا يستلزم تعدد المخبر عنه كذا لا يستلزم اتحاده بل هو اعم منهما
فلا يدل على احدهما وهو الخاص والحال انهما لم يتعرضا للانشاء بنفي ولا اثبات فلا شاهد عليه
والاقرار متعدد وكل واحد من افراده غير ثابت قلنا الماثبت ان الاقرار يستدعي نسبة الخبر
خارج وكان الاقراران مستلزمين لحصول التوكيل في الجملة فقد حصل المقتضي للثبوت ويبقى
احتمال التعدد في المخبر عنه واتحاده ذلك غير قادح في الشهادة كما لو اطلق الشهادة على الانشا
فان المانع من ذلك انما هو التعدد وهو غير معلوم فيجب التمسك بالمقتضي الى ان يثبت خلافه هذا
غاية ما يمكن توجيهه في الفرق الذي ادعوه ومع ذلك لا يخ من نظر فكيف بما اطلقه المص ويمكن
ان يريد المص باختلاف الوكالة في المسألتين الاقرار من حيث ان الوكالة لما كانت تثبت باي
صيغة دلت عليها فقوله وكلت فلانا او استنبته على كذا يمكن جعله اقرارا وانشاء الا مع
تصريحه باحدهما بان يقول انه قد وكله قبل هذا الوقت فيكون اقرارا او لم يوكله فيما مضى
فيكون انشاء والكلام فيما لو اطلق واعلم ان العلامة نقل في التذكرة عن بعض العامة عدم
الثبوت بذلك مطلقا لقيام الاحتمال ولا يخ من وجه لكن الظاهر عدم الخلاف عندنا وعند
معظم العامة في الثبوت مع تعدد الاقرار **قوله** لو ادعى الوكالة عن غايب في قبض ماله فان انكر

الغريم فلا يمين عليه وان صدّقه فان كان عينا لم يومر بالتسليم الى قوله وكذا لو كان الحق دينا وفيه تردد ه
اذا ادعى الوكالة عن غايب فى قبض ماله فان اقام بينة وجب تسليمه مطلقا وان لم تكن بينة فان انكر
الغريم كونه وكيلا فالقول قوله بغير يمين لان اليمين انما تتوجه اذا كان المنكر بحيث لو اقر نفذ اقراره وليس
هنا كذلك وفى بعض هذه المقدمات نظر يأتى وان صدّق الغريم مدعى الوكالة فان كان الحق عينا
لم يومر بالتسليم اليه قطعا لان اقراره متعلق بحق المالك فلا يسمع نعم يجوز له تسليمه اذ لا منازع
غيرهما الآن ويبقى المالك على حجته فاذا حضر وصدّق الوكيل برئ الدافع وان كذبه فالقول قوله
مع يمينه فان كانت العين موجودة اخذها وله مطالبة من شاء منهما بردها لترتب ايديهما على ماله
وللدافع مطالبة الوكيل باحضارها لو طولب بها دون العكس فان تعذر ردها بالتلف او غيره تخير فى
الرجوع على من شاء منهما فان رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقا لاعترافه ببراءته بدفعها اليه
وان رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل ان تلفت فى يده بغير تفريط لانه بتصديقه له امين عنده والا
رجع عليه وان كان الحق دينا ففى وجوب التسليم اليه مع تصديقه وجهان احدهما مساواته للغايب
لان تسليمه انما يكون عن الموكل ولا يثبت اقرار الغريم عليه باستحقاق غيره لقبض حقه ولان التسليم
لا يومر به الا اذا كان مبريا للذمة ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليمه لمالكه حتى يشهد عليه
وليس هنا كذلك لان الغايب يبقى على حجته وله مطالبة الغريم بالحق لو انكر الوكالة والثانى وجوب
الدفع هنا لان هذا التصديق انما اقتضى وجوب التسليم من مال نفسه وانكار الغايب لا يوثر
فى ذلك فلا مانع من نفوذه لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جايز وتوقف وجوب التسليم على كونه
مبريا مطلقا ممنوع والبراءة به بزعمه هنا حاصلة والاحتجاج بجواز الامتناع للاشهاد انما يقتضيه
على المدفوع اليه وهو ممكن بالنسبة الى مدعى الوكالة فوجوب الدفع هنا اوجه ثم اذا حضر المالك
وانكر طالب الغريم لا الوكيل ان كانت العين باقية لانه لم يقبض ماله اذ لا يتعين الدين الا بتعيين
مستحقه او من يقوم مقامه وقد انتفى ذلك هنا نعم للغريم العود على الوكيل مع بقاء العين او تلفها بتفريط
لا بدونه لما البراءة القابض من عهدتها بزعم الغريم لمصادقته على كونه وكيلا فيكون امينا وقد ظلمه المالك

للعين

اوجه



من ذلك ان الغريم اذا انكر وكالة المدعى لها وكان الحق دينا توجه عليه اليمين على نفى العلم مع ادعائه
عليه لانه لو اقر لزمه التسليم بخلاف ما لو كان عينا عملا بمقتضى القاعدة المشهورة ان كل من لو اقر بشئ
يلزمه لو انكره يتوجه عليه اليمين قوله اذا اذن الموكل لوكيله ان يوكل فان وكل عن موكله كانا وكيلين له
اذا اذن له ان يوكل فلا يخلو اما ان يأذن له فى التوكيل عن نفسه او عن الموكل او يطلق فالاقسام ثلثة
وقد يكون التوكيل مستفادا من القراين الحالية كاتساع متعلق الوكالة وترفعه عن المباشرة او المقالية
كانت وكيل مفوض ففى القسم الاول لا اشكال فى كون الوكيل الثانى يكون نايبا عن الاول فيبطل وكالته
بعزل كل من الوكيل والموكل له وبموته وبانعزال الاول لانه فرعه ونايبه وفى القسم الثانى يكون الثانى
وكيلا عن الموكل كالاول فليس لاحدهما عزل الآخر ولا ينعزل بموته ونحوه من اسباب العزل وانما ينعزل
بعزل الموكل وخروجه عن اهلية الوكالة وفى الثالث وجوه اوجهها احدها انه وكيل عن الوكيل لان
الغرض من ذلك تسهيل الامر عليه وثانيها انه يكون وكيلا للموكل لان التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل
فيقع عن الموكل ولان ذلك هو المتبادر حيث ان الحق بالاصالة للموكل بالنيابة عنه وبهذا الوجه
قطع فى القواعد والتحرير وتوقف فى التذكرة لانه نقل الوجهين عن الشافعية ولم يرجح شيئا وثالثها
انه يتخير بين ان يوكل عن نفسه وعن موكله وهو ظاهر عبارة الكتاب لانه فرض الاذن مطلقا ثم
قال فان وكل عن نفسه وان وكل عن موكله ووجه التخير صلاحية الاطلاق لهما لصدق الوكيل
المأذون فيه على التقديرين وهذا الوجه قريب ان كان قولا فان العبارة على تقدير انحصار الامر
فى الوجهين الاولين يمكن حملها على ما يوافقهما بان يجعل قوله فان وكل عن موكله بان كان مضمون
توكيل الموكل له ذلك وكذا القسم الآخر الا انه لا ضرورة الى ذلك فان المسئلة محتملة للاوجه ليس احد
منها وفى القسم الرابع وهو ما لو كان مستند الاذن فى التوكيل القراين الحالية يحتمل الاوجه الثلاثة
وتوقف فى التذكرة وقطع فى التحرير ان الثانى يكون وكيلا للوكيل وهو متجه وفى القسم الخامس وهو القرينة
المقالية يكون كما لو اطلق قوله ويجب على الوكيل تسليم ما فى يده الى الموكل مع المطالبة وعدم العذر
فان امتنع من غير عذر ضمن ولو كان هناك عذر لم يضمن ما بيد الوكيل من المال الذى وكله

فى بيعه وثمنه على تقدير البيع والمبيع الذى اشتراه للموكل وغيرها امانة فى يده باذن المالك فلا يجب عليه
ايصاله قبل طلبه وانما يجب مع الطلب وامكان الدفع وليس المراد به القدرة العقلية بحيث
يدخل فيها فعل ما يمكنه فعله من المبادرة وان كان على خلاف العادة بل يرجع ذلك الى المعروف شرعا
ثم الى العرف العام ويعذر بما عدّ عذرا فيهما وان كان مقدورا كاكمال الصلوة عند الطلب فى اثنائها
وان كانت نفلا والتشاغل بها عند ضيق الوقت وان كان الطلب قبل الشروع فيها عذر شرعى
والفراغ من الحمام واكل الطعام ونحو ذلك من الاعذار العرفية صرح به فى التذكرة والعجب انه فى الوديعة
منها حكم بانه لا يعذر فى ردها مع الطلب الا بتعذر الوصول الى الوديعة واكمال صلوة الفرض
دون النفل وغيره من الاعذار العرفية مع ان الامر فى الوديعة اسهل على الودعى لانها مبنية
على الاحسان المحض الذى يناسبه التسهيل بخلاف الوكالة اذ قد يدخلها اغراض الوكيل كالجعل
وغيره فلا اقل من المساواة قوله ولو ادعى بعد ذلك ان تلف المال قبل الامتناع او ادعى الرد قبل
المطالبة قيل لا تقبل دعواه والوجه انها تقبل ه اذا امتنع من رد المال على الموكل فقد يكون
امتناعه بمجرد تقصير ومطل وقد يكون بالجحود بقوله لا حق لك عندى او لا يلزمنى دفع شئ اليك
وما فى معناه او ما قبضت منك شيئا وفى الاولين لو ادعى تلف المال قبل الامتناع او رد المال قبل
المطالبة فسماع دعواه وقبول بينته ظاهر لانه لم يكذبها بامتناعه الاول بل هو مؤكد لدعواه
فانه اذا ارتد فله الامتناع من الاجابة بعده والجحود بمعنى قوله لا حق لك ونحوه وان كان صيغة
جحوده انكار عدم تسلمه اصلا فهنا قد كذب بدعواه الثانية الاولى وكذب بدعواه الاولى بينته
على الرد او التلف فهذا وجه القول بعدم سماعها ووجه ما اختاره المص من القبول جواز استناد
انكاره الى سهو ونسيان وعموم البينة على المدعى واليمين على من انكر ويقوى ذلك ان اظهر
لانكاره هذا التاويل ونحوه ولو ادعى على الموكل العلم بصحة دعواه فالظاهر ان له احلافه ولو
لم تسمع دعواه واعلم ان عبارة المص تقتضى عدم الفرق بين الاقسام الثلثة وان الخلاف واقع فيها اجمع
من حيث اطلاقه الامتناع والاشكال فى الاولين ضعيف ويفهم من قوله فادعى تلف المال قبل

وان اقام بينة

وعلى تقدير الجحود
لعدم كون جحود

قبل الامتناع او الرد انه لو ادعى ذلك بعد الامتناع ان قوله يسمع وبينته تقبل وهو حسن اذ لا مكذب
بل غايته ان يكون بامتناعه متعديا او غاصبا وذلك لا ينافى سماع دعواه ولا قبول بينته واطلق
العلامة فى غير الارشاد عدم سماع دعواه فى الصورتين وفى الارشاد السماع هنا وعلى هذا الحكم فى
الرد واضح واما فى دعوى التلف فتقبل من جهة العين ويلزمه المثل او القيمة لانه ضامن لجحوده
قوله كل من فى يده مال الغير او فى ذمته له ان يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض
الى قوله وفصل آخرون والاول اشبه ه وجه التفصيل ان ما يقبل قول الدافع فى رده لا يتوجه
عليه ضرر بترك الاشهاد لان قبول قوله يدفع الغرم عن نفسه بخلاف ما لا يقبل وربما فصل
بعضهم هذا القسم بانه ان كان بالحق بينة له الامتناع حتى يشهد والا فلا لانه ان لم يقبل قوله
لو اقر لكن يمكنه انكار اصل الحق على وجه يصدق بان يقول انه لا يستحق عنده شيئا فيقبل قوله كالقسم
الاول والاقوى ما اختاره المص لان تكلف اليمين ضرر عظيم وان كان صادقا واذن الشارع فيها
وترتب الثواب عليها لا يدفع اصل الضرر خصوصا فى بعض الناس من ذوى المراتب فان ضرر
الغرامة عليهم اسهل من اليمين واعلم ان فى قول المص حتى يشهد صاحب الحق بالقبض تجوزا لان الغريم
اذا كان له الامتناع من الاقباض حتى يشهد كيف يمكن المستحق الاشهاد بالقبض ولم يقع فانه ليس
بصحيح وكان حقه ان يقول حتى يشهد على القبض والاحسن فى الجواب ان يجعل الباء بمعنى على
فانه واقع لغة ومنه قوله تعالى ومنهم من ان تأمنه بقنطار اى على قنطار وقوله كل من فى يده او
او ذمته يشمل نحو الحقوق الواجبة كالزكوة فانها حق فى الذمة او فى يده على تقدير عزلها وليس له
التاخر الى ان يشهد على دفعها قوله الوكيل فى الايداع اذا لم يشهد على الودعى لم يضمن ولو كان
وكيلا فى قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن وفيه تردد ه الفرق ان الايداع مبنى على الاخفاء وهو
فيها امر مطلوب بخلاف قضاء الدين بل هو على الضد ولان الودعى قوله مقبول فى الرد والتلف
فلا يوثر الاشهاد فى تغريمه بخلاف المديون ووجه التردد فى الحكم مما ذكرناه ومن عدم دلالة مطلق
الامر على الاشهاد فيحصل الامتثال بدونه وتردد المص يمكن كونه فى مجموع الحكم فى المسئلتين او فى المسئلة

الثانية وهي مسألة الدين خاصة فلا ينافي ما سبق في الوديعة من حكمه بعدم الضمان لترك
الاشهاد ويمكن كونه في كل واحد من المسألتين فيكون رجوعا عن السابق والظاهر هو
الاول ولا بد من تقييد الحكم بكون الاداء بغير حضرة الموكل والا انتفى الضمان لان التفريط مستند
الى الموكل قوله اذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه ولا تبطل وكالته لعدم التنافي ه نبه بذلك
على خلاف بعض العامة حيث زعم انها تبطل بالتعدي لانها امانة فترتفع بزوالها كالوديعة وبطلانه
ظاهر لما ذكره المص من عدم التنافي بين الضمان والاذن وتحريره ان الوكالة تضمنت شيئين الامانة
والاذن في التصرف فاذا تعدى زالت الامانة وبقي الاذن بحاله كما ان الرهن لما اشتمل على شيئين
ايضا الامانة والتوثق لم يبطل الثاني ببطلان الاول بالتعدي عند الجميع وبهذا يحصل الفرق
بينها وبين الوديعة فان الوديعة لم تشتمل الا على الامانة فاذا ارتفعت بقيت مضمونة مع انا
نمنع بطلان الوديعة مطلقا قوله ولو باع ما تعدى فيه وسلمه الى المشتري برئ من ضمانه
لانه تسليم ماذون فيه فجرى مجرى قبض المالك ه لا خلاف في زوال الضمان عنه بالتسليم الى
المشتري لما ذكره المص ولان المشتري قد ملكه فاذا وصل اليه باذن المالك زال الضمان وانما الكلام
في زواله بمجرد البيع فانه يحتمل ذلك لخروجه عن ملك الموكل به ودخوله في ملك المشتري وضمانه
وعدمه لانه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري فيكون التلف على ملك الموكل وهذا
اقوى وتردد في التذكرة ولو قبض ثمنه في موضع الجواز لم يكن الثمن مضمونا عليه وان كان
اصله مضمونا لقبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ومثله ما لو تعدى في الثمن ثم اشترى به وقبض
المبيع ولو رد عليه بعيب ففي عود الضمان وجهان اجودهما العدم لانتقال الملك الى المشتري بالعقد
وبطلان البيع من حينه لا من اصله وموضع الاشكال على تقدير جواز رده عليه قوله اذا
اذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز وفيه تردد وكذا في النكاح ه القول بالجواز
للاكثر لوجود المقتضي وهو اذن المالك له في البيع المذكور وانتفاء المانع اذ ليس الا كونه وكيلا
وذلك لا يصلح للمانعية ووجه التردد مما ذكر ومن قول الشيخ وجماعة بالمنع منه للتهمة ولانه

ولانه يصير موجبا قابلا وعمدة المانع منه ولا ريب في قوة جانب الجواز لمنع التهمة مع الاذن
ومراعاة المصلحة المعتبرة في كل وكيل وجواز تولي الواحد الطرفين عندنا ولو اطلق له الاذن
ففي جواز بيعه من نفسه القولان واولى بالمنع هنا وقد ذهب جماعة من مجوزي الاول الى
المنع مع الاطلاق لما تقدم ولان المفهوم من الاستنابة في البيع البيع على غيره فلا يتناوله الاطلاق
وقد ورد مع ذلك روايات على المنع من شراء الوكيل من نفسه منها رواية هشام بن الحكم
عن الصادق عليه السلام اذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك وان كان الذي
عندك خيرا منه وفي حديث آخر عنه عليه السلام نحوه وتلا انا عرضنا الامانة الآية ويمكن
الاحتجاج به على منع البيع ايضا لعدم الفرق والقائل به وذهب في المخ الى الجواز للاصل ولجوازه
في الاب والجد فكذا في الوكيل والمغايرة الاعتبارية هي المصححة في الجميع وقد ظهر بذلك ان
الخلاف في هذه المسألة ليس باعتبار تولي الواحد طرفي العقد لان جماعة قائلون بجوازه
مع منعهم هنا ولانه يمكن المغايرة بتوكيله في القبول ان لم يجز في الايجاب ثم يرتد الحكم بالجواز
بعد اعتذار القائل بمنع تولي الطرفين والخلاف في المسألة في موضعين وينحل الى ثلاثة احدها
ان الوكيل هل يدخل في اطلاق الاذن ام لا الثاني مع التصريح بالاذن هل له ان يتولى لنفسه وان
وكل في القبول ام لا الثالث على القول بالجواز مع التوكيل هل يصح تولي الطرفين ام لا والشيخ
على المنع في الثلاثة والعلامة في المخ على الجواز في الثلثة وفي غيره في الاخيرين والمص يجوز الاخير
ويمنع الاول وقد تردد في الوسط قوله اذا اختلفا في الوكالة فالقول قول المنكر لانه الاصل ه
لا فرق في ذلك بين كون منكر الوكالة الموكل والوكيل للاصل ومن ثم اطلق المنكر وتوجه كون منكرها
الموكل ظاهر واما انكار الوكيل فيمكن فرضه فيما لو كان الوكيل في شيء مشروطا في عقد لازم وشرط
ايقاعه في وقت معين وحصل الاختلاف بعد انقضائه في حصول التوكيل فادعاه الموكل
ليخرج عن العهدة ويصير العقد لازما وانكره الوكيل ونحو ذلك قوله ولو اختلفا في التلف
فالقول قول الوكيل لانه امين وقد يتعذر اقامة البينة بالتلف غالبا فاقتنع بقوله دفعا للالتزام

السابع في التنازع

ما تعذر غالبا ه المراد تلف المال الذي بيده على وجه الامانة ليدخل فيه العين الموكل في بيعها قبله
وثمنها حيث يجوز له قبضه بعده والعين الموكل في شرائها كذلك ووجه القبول مع مخالفة الاصل بعد
الاجماع ما ذكره المص ولا فرق بين ان يدعي تلفها بسبب ظاهر كالغرق والحرق وخفي كالسرق عندنا
وفي حكمه الاب والجد والحاكم وامينه والوصي وقد تقدم الخلاف في قبول قول بعض الامناء قوله
ولو اختلفا في التفريط فالقول قول منكره لقوله صلى الله عليه وآله واليمين على من انكر ه يمكن
ان يريد بالتفريط ما يشمل التعدي اما لاشتراكهما في الحكم واستعمال احدهما في الآخر كثيرا واما
لان التفريط اذا عدي بفي ضمن معنى التقصير واذا عدي بعلى ضمن معنى التعدي كما نص عليه
الجوهري ومن الثاني قوله تعالى انا نخاف ان يفرط علينا وقد ذكره هنا خاليا من حرف التعدية
فيحتمل الامرين قوله اذا اختلفا في دفع المال الى الموكل فان كان بجعل كلف البينة لانه
مدع وان كان بغير جعل قيل القول قوله كالوديعة وهو قول مشهور وقيل القول قول المالك وهو
الاشبه ه وجه عدم قبول قوله مطلقا واضح لاصالة عدم الرد وعموم البينة على المدعي واليمين
على المنكر والتفصيل يقطع الاشتراك والقائل بالتفصيل نظر الى انه مع عدم الجعل امين
وقد قبض المال لمحض مصلحة المالك فكان محسنا محضا فكل ما دل على قبول قول الودعي يدل
عليه كقولهم انه يؤدي الى الاعراض عن قبول النيابة في ذلك وهو ضرر منفي وفيه ان الامانة
لا تستلزم القبول كمن قبض لمصلحة نفسه مع كونه امينا فالضرر مندفع بالاشهاد والتقصير في تركه
ومحض الاحسان لا ينافي عدم قبول قوله في الرد وكونه من جملة السبيل المنفي عنه يندفع بان
اليمين عليه سبيل ايضا وليس بمندفع ويمكن الجواب بان السبيل المنفي نكرة منفية فيعم الا ما اخرجه
الدليل واليمين ثابت بالاجماع فكان خارجا به فيبقى الباقي والحق ان قبول قول الودعي ان كان
خارجا بالاجماع فهو الفارق والا فلا فرق وفي الاجماع بعد وقد تقدم الكلام على ذلك قوله اما
الوصي فالقول قوله في الانفاق لتعذر البينة فيه دون تسليم المال الى الموصى له وكذا القول
في الاب والجد والحاكم وامينه مع اليتيم اذا انكر القبض بعد بلوغه ورشده الخ ه ظاهرهم هنا

هنا عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له واليتيم في عدم القبض وهو يؤيد قول الموكل فيه لاشتراك
في العلة بل ربما كان الاحسان هنا اقوى اما الانفاق فخرج من ذلك مع ان الاصل عدم ما يدعيه
المنفق لعسر اقامة البينة عليه في كل وقت يحتاج اليه فيستلزم الحرج والعسر المنفيين بخلاف تسليم المال
قوله اذا ادعى الوكيل التصرف وانكر الموكل مثل ان يقول بعت او قبضت قيل القول قول الوكيل
لانه اقر بما له ان يفعله ولو قيل القول قول الموكل امكن لكن الاول اشبه ه وجه الاشبه انه امين
وقادر على الانشاء والتصرف اليه ومرجع الاختلاف الى فعله وهو اعلم به ووجه تقديم قول الموكل
ظاهر لاصالة عدم الفعل وقد اختلف كلام العلامة في هذه المسألة فجزم في الارشاد بتقديم قول
الوكيل من غير نقل خلاف وقربه في القواعد وجزم في التذكرة بتقديم قول الموكل ان كان النزاع
بعد عزل الوكيل واستقرب كون الحكم قبل العزل مثله لاصالة عدم التصرف واصالة بقاء الملك على
مالكه وتوقف في التحرير والاجود الاول واعلم انه لا يحتاج الى تقييد التصرف في فرض المسألة بكون
الثمن قد تلف في يد الوكيل بان يقول مثلا بعت وقبضت الثمن فتلف في يدي كما ذكره بعضهم تبعا
لتقييده بذلك في التحرير لان الكلام في دعوى الوكيل التلف قد ذكر سابقا مطلقا وهو امر خارج عن
هذه المسألة وانما حاصل هذه دعوى الموكل عدم التصرف بالبيع ونحوه لتبقى العين والوكيل يدعي
الفعل سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف ام لا قوله اذا اشترى انسان سلعة وادعى انه وكيل
لانسان فانكر كان القول قوله مع يمينه ويقضى على المشتري بالثمن سواء اشترى بعين او في الذمة
الا ان يكون ذكر انه يبتاع له حالة العقد ه اذا حلف المنكر اندفع الشراء عنه وحكم به للمشتري ظاهرا
والزم بالثمن ويجب تقييده زيادة على ما استثناه المص بعدم اعتراف البائع بكونه وكيلا او كون العين
التي اشترى بها ملكا للمنكر او قيام البينة بذلك والا بطل ايضا كما لو ظهر استحقاق احد العوضين المعينين
قوله ولو قال الوكيل ابتعت لك الخ الوجه في المسألتين ان الاختلاف راجع الى قصده ولا يعرف الا
من قبله فيرجع اليه فيه وهل يلزمه مع ذلك يمين الظاهر ذلك اما بناء على سماع دعوى التهمة
او لامكان اطلاع الموكل على الحال باقراره قبل ذلك نعم لو صرح بكونه قصده ذلك من غير وجه محتمل

احتمل عدم سماع الدعوى **قوله** اذا زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة كان القول قول الموكل مع يمينه
ويلزم الوكيل مهرها وروى نصف مهرها وقيل يحكم ببطلان العقد في الظاهر ويجب على الموكل
أن يطلقها إن كان يعلم صدق الوكيل وأن يسوق لها نصف المهر وهذا قوى ه وجه الاول أن
المهر يجب بالعقد كملا وانما ينتصف بالطلاق وليس وقد فوته الوكيل عليها بتقصيره بترك الاشهاد
فيضمنه وهو اختيار الشيخ في النهاية والثاني هو المشهور بين الاصحاب واختاره الشيخ
أيضا في المبسوط ومستنده ما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام في رجل
قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت في شيء مما قالت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت
بذلك رضى لي وهو لازم لي فتشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك
مما طلبوه وسألوه فلما رجع اليه انكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك انه
هو الذي ضيع حقها فلما ان لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له حل لها ان تزوج ولا يحل
للاول فيما بينه وبين الله الا ان يطلقها لان الله تعالى يقول فامساك بمعروف أو تسريح باحسان
فان لم يفعل فانه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد اباح لها
أن تزوج ولانه فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق وفي الاخير منع وفي سند
الحديث ضعف ولو صح لم يمكن العدول عنه والقول الثالث الذي اختاره المص قوى ووجهه
واضح فانه اذا انكر الوكالة وحلف على نفيها انتفى النكاح ظاهرا ومن ثم يباح لها ان تزوج
وقد صرح به في الرواية فينتفي المهر ايضا لان ثبوته يتوقف على لزوم العقد ولانه على
تقدير ثبوته انما يلزم الزوج لانه عوض البضع والوكيل ليس بزوج نعم لو ضمن الوكيل المهر
كله أو نصفه لزمه حسب ما ضمن ويمكن حمل الرواية عليه واما وجوب الطلاق على الزوج
مع كذبه في نفس الامر ووجوب نصف المهر عليه فواضح واعلم ان المرأة انما يجوز لها التزوج
مع حلفه اذا لم يصدق الوكيل عليها والا لم يجز لها التزوج قبل الطلاق لانها باعترافها زوجة
بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالحال فلو امتنع من الطلاق لم يجبر عليه لانتفاء النكاح ظاهرا وح في

فقي تسلطها على الفسخ دفعا للضرر او تسلط الحاكم على الطلاق لان له ولاية الاجبار على الممتنع أو
بقاؤها كذلك حتى يطلق او يموت أوجه **قوله** اذا وكله في ابتياع عبد فاشتراه بمائة فقال
الموكل اشتريته بثمانين فالقول قول الوكيل لانه موتمن ولو قيل القول قول الموكل كان اشبه لانه غارم
التقدير أن المبيع يساوي مائة كما ذكره في التحرير والا لم يكن الشراء صحيحا لما تقدم من حمل الاطلاق الا
على الشراء بثمن المثل ووجه تقديم قول الوكيل ان الاختلاف في فعله وهو امين وان الظاهر ان
الشيء انما يشترى بقيمته وهو اقوى ووجه تقديم قول الموكل اصالة برائته من الزائد ولان في
ذلك اثبات حق للبائع على الموكل فلا تسمع ولا فرق في ذلك بين كون الشراء بالعين وفي الذمة لثبوت
الغرم على التقديرين **قوله** اذا اشترى لموكله كان البائع بالخيار ان شاء طالب الوكيل وان شاء
طالب الموكل والوجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة واختصاص الوكيل مع الجهل
بذلك ه اما مع الجهل فلان العقد وقع معه والثمن لازم له ظاهرا فله مطالبته واما مع العلم بكونه وكيلا
فلانه يكون نائبا من غيره فلا حق له عنده بل عند الموكل والمراد بالجهل بالوكالة كونه مستمرا الى
ان حصل القبض فلو كان جاهلا وقت العقد معه بكونه وكيلا ثم ثبتت وكالته فالمطالب الموكل
ويحتمل ابقاء استحقاق المطالبة للوكيل استصحابا لما كان ولامكان علم رضاه بمطالبة الموكل لو علم
ابتداء ولا يكفي في ثبوت الوكالة اعتراف الموكل بها لامكان تواطئهم على اسقاط حق المشتري عن مطالبة
الوكيل لكن هناك الرجوع على من شاء منهما صرح به في التذكرة ووجه التخيير مطلقا ان الحق على الموكل
والعقد مع الوكيل وهو ضعيف والمذهب هو الاول واعلم ان الحكم بمطالبة الموكل مع العلم والوكيل
مع الجهل لا يتم ايضا على اطلاقه لان الثمن لو كان معينا لم يكن له مطالبة غير من هو في يده بل الموكل
أن يقال في المسئلة ان الثمن اما ان يكون معينا او مطلقا وعلى التقديرين فاما ان يسلم الى الوكيل
أولا وعلى التقادير فاما ان يكون البائع عالما بوكالته او غير عالم وحكمه انه متى كان الثمن معينا فالمطالب
به من هو في يده سواء في ذلك الوكيل والموكل وان كان في الذمة ودفعه الموكل الى الوكيل تخير البائع
في مطالبة ايهما شاء مع علمه بالوكالة اما الوكيل فلان الثمن في يده واما الموكل فلان الشراء له وما دفع

لم ينحصر في الثمن بعد وان لم يكن دفعها الى الوكيل فله مطالبة الوكيل مع جهله بكونه وكيلا وعدم
البينة عليها والموكل مع علمه وهذا القسم الاخير يصلح مسئلة الكتاب **قوله** اذا طالب الوكيل فقال
الذي عليه الحق لا يستحق المطالبة لم يلتفت الى قوله لانه مكذب لبينة الوكالة ولو قال عزلك لم يتوجه
على الوكيل اليمين الا ان يدعي عليه العلم وكذا لو ادعى ان الموكل ابراه ه وجه التكذيب ان مقتضى اقامة
البينة استحقاق المطالبة فنفيه ذلك رد لمقتضاها فلا يلتفت اليه ويشكل بان نفي الاستحقاق اعم من
تكذيب البينة لجواز كون سببه طرو العزل او الابراء من الحق او الاداء الى الموكل او الى وكيل آخر فينبغي
أن تسمع دعواه ومن ثم استشكل الحكم في القواعد ويمكن دفع الاشكال بان نفي الاستحقاق لما كان مشتركا
بين ما تسمع وما لا تسمع لم تسمع لانه لا يعد دعوى شرعية حتى يحرر **قوله** تقبل شهادة الوكيل لموكله
فيما لا ولاية فيه ه لعدم المانع بخلاف ماله فيه ولاية لانه يثبت لنفسه حقا ولو شهد عليه قبل مطلقا **قوله**
ولو عزل قبلت في الجميع ما لم يكن اقام بها او شرع في المنازعة ه لانتفاء المانع من القبول ح خلافا لبعض العامة
حيث ردها مطلقا نظرا الى ان مجرد عقد الوكالة اوجب الخصومة وبطلانه واضح **قوله** لو وكل بقبض دينه
من غريم له فاقر الوكيل بالقبض وصدقه الغريم وانكر الموكل فالقول قول الموكل ه فيه تردد ه منشأ التردد
من الاختلاف في فعل الوكيل فيقدم قوله فيه ولانه امين ومن اصالة بقاء حق الموكل عند الغريم والاقوى
تقديم قول الوكيل **قوله** اما لو امره ببيع سلعة وتسليمها وقبض ثمنها وتلف من غير تفريط فاقر الوكيل
بالقبض وصدقه المشتري وانكر الموكل فالقول قول الوكيل لان الدعوى هنا على الوكيل من حيث
سلم المبيع ولم يتسلم الثمن فكانه يدعي ما يوجب الضمان وهناك الدعوى على الغريم وفي الفرق نظر ه
نبه اولا على الفرق بين المسئلتين مع اشتراكهما في موجب تقديم قول الوكيل والموكل يدعي على الوكيل بما يوجب الخيانة
وهو تسليم المبيع قبل قبض الثمن فيكون القول قول الموكل ووجه التردد في الفرق اشتراكهما في كون النزاع
في تصرف الوكيل وقد تقدم ان قوله مقبول فيه فينبغي ان يقدم قوله في الصورتين فان المص قد تردد في الحكم
الاول وجزم بالثاني فيكون الاستشكال في الفرق راجعا الى رد الاول الى الثاني لا الثاني الى الاول وان امكن من حيث اشتراكهما
في اصل عدم التفضيل لان دعوى الخيانة في الثانية لا يراد لها وهي امر زائد على ما توجه في تقديم كل منهما وهذا كله انما يتم مع كون

الموكل والوكيل
بان الموكل يدعي

يوجبه

كون التسليم متوقفا على القبض كما لو وكله في البيع حالا ولم يصرح له بالاذن في تسليم المبيع قبل قبض الثمن اما مع الاذن
او كون الثمن مؤجلا فلا فرق في تقديم قول الموكل من تسليم المبيع وعدمه الا انه يشكل بما قلناه من ان مرجع ذلك الى دعوى
الوكيل التصرف والتلف وقوله مقدم فيهما وغايته ان يتوجه في دعوى القبض هنا الخلاف وقد يندفع الثاني بان
التلف الذي تسمع دعواه فيه ما كان بعد تحقق وصول المال اليه وهو منتف هنا وأما التصرف فكما يكون بعد
وصول المال اليه كذا يكون قبله بل قد لا يجامعه كالوكيل في البيع خاصة وقد يكون التصرف هو القبض كما اذا كان وكيلا
فيه خاصة واعلم انه متى قدم قول الوكيل في القبض فهل يحصل بذلك براءة المشتري من الثمن الظاهر ذلك لان الحق واحد
فاذا قبل قول الوكيل في قبضه كيف يتجه ايجابه على المشتري ويحتمل عدم برائته بذلك لاصالة عدم الاداء وانما قبل في حق
الوكيل لاستيمانه وهذا المعنى مفقود في المشتري اذ لا يقبل قوله في ذلك لو كان النزاع معه ابتداء ونفى العلامة عن هذا
الاحتمال الباس في التذكرة **قوله** ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لانه لم يثبت وصول الثمن اليه
ولو قيل يرد المبيع على الموكل كان اشبه ه القول الاول للشيخ رحمه الله معللا بما ذكره وموضع الخلاف ما اذا علم كونه وكيلا
كما يرشد اليه التعليل والاقوى ما اختاره المص لان الملك له والوكيل نائب عنه والبائع في الحقيقة هو الموكل ووصول
الثمن اليه وعدمه لا مدخل له في هذا الحكم اصلا بل لا يجوز رده على الوكيل لانه ينعزل بالبيع ان لم يكن وكيلا
في قبض المبيع على تقدير رده بالعيب وكيف كان فقول الشيخ ضعيف وكذا تعليله **قوله**

كتاب الوقوف والصدقات

تم المجلد الثاني من هذا التعليق على يد مصنفه العبد الفقير الى عفو الله تعالى ورحمته زين الدين بن علي بن
احمد الشامي العاملي عامله الله بلطفه وعفى عنهم بمنه وفضله في اوقات مختلفة واحوال متصرفة
مشوشة للقوى والافكار مانعة من الجد والاصطبار موجبة للمسامحة عند العثار آخرها منتصف الاول الربيع
سنة ست وخمسين وتسعمائة حامدا لله تعالى في الشدة والرخاء شاكرا له في الضراء والسراء مصليا على خير
الانبيا واكمل الاصفيا وعلى آله الاتقيا واصحابه النجبا مسلما مستغفرا والحمد لله وحده وصلواته على محمد وآله

وكان الفراغ من تعليقها نهار الثلاثاء يوم الثاني من شهر
شوال من شهور سنة اثنين بعد الالف وذلك على يد
الفقير الى الله الصمد عبد السلام بن ابي المعالي
في المدينة المشرفة زادها الله شرفا اللهم اغفر لكاتبه
والمؤمنين والمؤمنات وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما كثيرا

١٠٠٢

نهر ربيع الاول المنتصف



